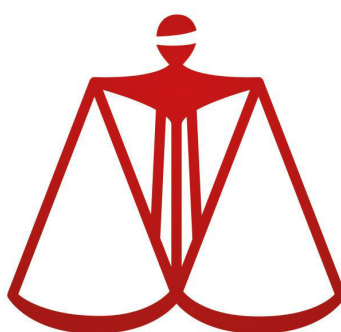


**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA**

MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS



**FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa**

**DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PERMISSÃO, PROIBIÇÃO
E CRIMINALIZAÇÃO NO ATUAL CENÁRIO SOCIOPOLÍTICO OCIDENTAL**

ANDRÉ TURELLA CARPINELLI

LISBOA
2017

"Wer mit Ungeheuern kämpft, mag zusehn, dass er nicht dabei zum Ungeheuer wird.
Und wenn du lange in einen Abgrund blickst, blickt der Abgrund auch in dich
hinein". (Friedrich Nietzsche#Jenseits von Gut und Böse)

“Aquele que luta com monstros deve acautelar-se para não se tornar também um
monstro. Quando se olha muito tempo para um abismo, o abismo olha para você”.
(Friedrich Nietzsche, Para Além do Bem e do Mal)

RESUMO

Esse trabalho de investigação tem por objeto o discurso de ódio na contemporaneidade e o tratamento legal que tem recebido nas sociedades ocidentais.

A investigação teve como paradigma inicial o questionamento acerca da natureza do fenómeno, bem como seu impacto social e suas projeções no Direito. Após desenvolve-se uma breve análise das doutrinas de referência sobre o tema, seguida de uma crítica que tem por objetivo contemporizar a eficácia sociológica das soluções jurídicas propostas pelas doutrinas maioritárias.

Para desvendar a natureza complexa do discurso de ódio é necessário decompô-lo ao máximo. A tentativa de conceptualizá-lo e de criar as ligações necessárias com a Dignidade Humana é para que se possa perceber a relação de causa e consequência que tem na desumanização de grupos mais vulneráveis e na posterior deterioração das sociedades democráticas, sendo verificado que essas duas serão as suas mais importantes consequências.

A partir-se de uma lógica de Direitos Fundamentais que identifica os bens jurídicos afetados pelo discurso de ódio é necessária então uma ponderação que defina em que casos e sob quais circunstâncias será a liberdade de expressão injustificavelmente danosa para outros direitos. Definido então os campos de permissão, proibição e criminalização da liberdade de expressão sob uma perspectiva de ponderação de direitos fundamentais, é necessário definir o que significa a proibição

O desafio nesse particular será essencialmente o de estabelecer consequências jurídicas à proibição do discurso de ódio que se apresentem eficazes do ponto de vista do combate ao fenómeno e ao mesmo tempo menos restritivas de direitos fundamentais. Isso, deverá permitir um deslocamento da discussão do campo da possibilidade de proibição para o da legitimidade, eficácia e proporcionalidade das soluções jurídicas apresentadas.

É sem dúvida um discurso próximo da Filosofia do Direito e da Filosofia Política, mas que visa reforçar a argumentação no sentido de manter a regulação e de apresentar novas soluções jurídicas no atual cenário sociopolítico ocidental.

PALAVRAS-CHAVE: DISCURSO DE ÓDIO – DIGNIDADE HUMANA – PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIMINALIZAÇÃO – PROIBIÇÃO – REGULAÇÃO

ABSTRACT

This investigative work focuses on hate speech in contemporaneity and the legal treatment it has received in Western societies.

The research questions the nature of the phenomenon, as well as its social impact and how it is reflected in law. After a brief analysis of the doctrines of reference on the subject is developed, a critique is proposed that aims to conciliate the sociological effectiveness of the legal solutions pointed out by the majority of the doctrines.

To unravel the complex nature of hate speech, it is necessary to examine it in-depth. The attempt to conceptualize it and create the necessary links with human dignity is in order to perceive the relation of cause and effect that it has in the dehumanization of more vulnerable groups. This, in addition to the subsequent deterioration of democratic societies will be its two most important consequences.

Starting from a logic of fundamental rights that identifies the legal goods affected by hate speech, then a consideration is needed that defines in which cases and under what circumstances freedom of expression will be unjustifiably harmful to other rights. Once defined, the fields of permission, prohibition and criminalization of freedom of expression under a perspective of considering fundamental rights, it is necessary to define what prohibition means.

The challenge in this regard will be essentially to establish legal consequences that prohibit hate speech effectively in terms of combating the phenomenon and at the same time are less restrictive of fundamental rights. This should allow a shift of the discussion from the possibility of prohibition to the legitimacy, effectiveness and proportionality of the legal solutions presented.

It is undoubtedly a discourse close to philosophy of law and political philosophy, but aims to reinforce the argument to maintain regulation and to present new legal solutions in the current Western socio-political scenario.

KEYWORDS: HATE SPEECH - HUMAN DIGNITY - WEIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS - CRIMINALIZATION - PROHIBITION - REGULATION

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 6 |
| 2. CONCEPTUALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO | 8 |
| 2.1. A dignidade da pessoa humana | 13 |
| 2.2. Os direitos fundamentais e bens jurídicos afetados | 20 |
| 2.3. A diferença entre ofensa pessoal e ofensa coletiva | 25 |
| 2.4. A institucionalização política do discurso de ódio e o risco para a democracia | 29 |
| 3. O DISCURSO DE ÓDIO NAS DOUTRINAS NORTE-AMERICANA E EUROPEIA | 32 |
| 3.1. Breve enquadramento histórico | 33 |
| 3.2. Perspetivas | 45 |
| 3.3. O cenário sociopolítico ocidental e a necessária atualização do tema | 47 |
| 4. A REGULAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO | 52 |
| 4.1 A gama de condutas que podem vir a caracterizar-se como discurso de ódio | 54 |
| 4.2. A ponderação como modo de determinar permissão, proibição e criminalização | 58 |
| 4.2.1. A criminalização sob a doutrina garantista do direito penal | 61 |
| 4.2.2. O agravamento das condutas nos chamados crimes de ódio | 65 |
| 4.3. A proibição e os seus significados | 67 |
| 4.4. A regulação que implica restrição em direitos civis e políticos | 70 |
| 4.4.1. O discurso de ódio na política | 73 |
| 4.4.2. Discurso de ódio e religião | 81 |
| 4.4.3. Discurso de ódio e outras organizações públicas e privadas | 86 |
| 4.4.3.1. Obrigações e responsabilidades dos meios de comunicação | 89 |
| 4.4.3.2. O discurso de ódio na internet e os desafios na aplicação da lei | 92 |
| 4.4.4. A sociedade civil e o direito de protesto | 95 |
| 4.5. Regulação de natureza jurídico-civil | 98 |
| 4.5.1. A reputação individual e a reputação coletiva | 101 |
| 4.5.2. O direito à indemnização, a sua quantificação e a possibilidade de aplicação concomitante de medidas acauteladoras do direito | 104 |
| 5. CONCLUSÃO | 107 |
| 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 110 |

1. Introdução

O discurso de ódio e toda a problemática que o envolve desde a sua concepção até à sua regulação – passando por toda a polémica que envolve a eventual restrição da liberdade de expressão – é um tema muito debatido no meio académico-jurídico. As dificuldades de conceptualização desse fenómeno bem como a resistência – em especial da doutrina americana – em restringi-lo, associadas ao atual cenário sociopolítico ocidental, têm criado um ambiente especialmente fértil para a evolução da sua discussão, bem como para a revisão de certas posições.

É questão praticamente assente que as tensões geopolíticas e de política interna predominantes no ocidente têm sido alimentadas por um discurso cada vez mais violento. Esse discurso atinge maioritariamente indivíduos e grupos vulneráveis a uma maioria que os culpabiliza pela perda do um *status quo*. As crises económicas, sociais, políticas e de segurança que dominam os noticiários têm gerado um clima de maior animosidade contra esses grupos.

A tónica desses discursos e dessas tensões – bem como a sua relação – terá fatalmente um carácter próprio em cada uma dessas sociedades, porém optaremos por não particularizar a sua análise, nem a direcionar a um só grupo ou a um único ordenamento jurídico. Se o discurso de ódio é um fenómeno de cariz eminentemente sociopolítico e que se tem manifestado por todo o mundo ocidental, uma eventual divisão da problemática por realidades particulares centrada em países ou ordenamentos jurídicos traria apenas uma de suas dimensões.

Ainda maior consistência ganha esse argumento na medida em que se analisa que hoje a grande ferramenta de propagação do chamado discurso de ódio é a internet, que como bem se sabe não conhece limitações territoriais, pelo menos no ocidente. Não é novidade que essa poderosa ferramenta tem sido utilizada nos mais diversos sentidos, incluindo como meio de propagação de ideologias, o que tem ocorrido a uma velocidade crescente.

Muito antes de nos ocuparmos com a sua propagação, devemos preocupar-nos em conceituar o fenómeno do ponto de vista teórico-jurídico, pormenorizando-o, assim

como às suas consequências. Certo é que esse trabalho não tratará até à exaustão os aspetos sociológicos relativos ao tema, ainda que seja inevitável a sua abordagem.

Devido à opção por uma abordagem mais teórica, que contará com referências de vários ordenamentos jurídicos e diferentes sistemas de proteção de direitos humanos, preocupar-nos-emos em trazer um breve resumo histórico e perspectivas das duas doutrinas de referência sobre o tema no ocidente: a norte-americana e a europeia. Com especial atenção à doutrina alemã e aos sistemas de proteção europeus de direitos humanos, sobre os quais nos debruçaremos com maior detalhe, relatando tanto as soluções trazidas pelo sistema regional de proteção de direitos humanos, como as constantes dos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Neste sentido, alguma análise crítica será necessária de modo a tentar indicar caminhos para uma evolução na discussão, sobretudo a nível europeu (onde a pesquisa passará a focar-se), o que deverá ser feito através da relação entre as soluções encontradas neste sistema e o atual cenário sociopolítico do continente. Não temos a pretensão de responsabilizar as soluções vigentes ou de propor uma espécie de panaceia para a problemática do discurso de ódio, quando muito tentaremos fazer ajustamentos para que caminhem na direção de uma maior eficácia.

A complexidade do tema não se restringe à dificuldade de conceptualização e à multitude de respostas de diversos sistemas e ordenamentos jurídicos, mas passa ainda por uma variedade de condutas que, mesmo dentro de um conceito teórico restrito, poderão ser consideradas como parte desse fenómeno. Na nossa análise tentaremos diferenciá-las e também contextualizá-las, de forma a que se possa verificar qual o tratamento jurídico adequado.

A criminalização – seja na discussão europeia, seja na norte-americana – é um tema recorrente. Caber-nos-á neste trabalho fazer uso da técnica de ponderação de direitos fundamentais para verificar, mediante um juízo de proporcionalidade, em que medida as condutas que constituem o fenómeno do discurso de ódio devem ser permitidas, proibidas ou criminalizadas.

Esse trabalho, ao contrário da maioria que integrou esta investigação, focar-se-á na figura da proibição de condutas que se possam caracterizar como discurso de ódio, ao invés de retomar a dialética entre permissão e criminalização. Essa opção teórica permitir-nos-á abrir a discussão a uma série de soluções jurídicas, no âmbito das restrições de direitos civis e políticos, que não a restrição à liberdade de locomoção, bem como eventuais punições de natureza jurídico-civil.

Neste sentido, e muito além de uma simples opção teórica, temos por objetivo explorar novas soluções jurídicas, ou mesmo compilar as já existentes em diversos ordenamentos, com vistas a uma maior eficácia no combate ao discurso de ódio, afastando-se o caráter predominantemente penal que costuma orientar os estudos nessa área.

Quanto à eventual restrição de direitos civis e políticos, como consequência da proteção das minorias e da sociedade contra o discurso de ódio, será necessário realizar novas ponderações, com especial atenção àquelas que envolverão, além da liberdade de expressão, a liberdade de associação, como no caso dos partidos políticos e demais associações, e também a liberdade religiosa, como igrejas, seitas e os seus membros.

Em relação às demais restrições de direitos, que optámos por categorizar como “punições de natureza jurídico-civil”, restarão também ponderações a serem feitas com base em restrições impostas às outras liberdades ou ao direito de propriedade, em razão de eventuais necessidades de se assegurar ou de se repor o dano causado pelo discurso de ódio.

Por fim, abordaremos a responsabilidade jurídica dos meios de comunicação em geral e a propagação do discurso de ódio pela internet, bem como as dificuldades que surgem no contexto da aplicação de eventual legislação que tenha por objetivo regulá-lo, a analisar as recentes inovações no campo legislativo que visam maioritariamente regular os *media* sociais.

2. Conceptualização do discurso de ódio

Há uma série de autores na área jurídica que já lograram elaborar definições para o termo “discurso de ódio”, no que interessa para o direito. Embora tenhamos certamente

encontrado, no meio da vasta doutrina que se refere ao tema definições, algumas que vêm ao encontro daquilo que julgamos pertinente para o nosso trabalho, entendemos que existe a necessidade de algum aprofundamento dessas noções.

Tal necessidade é uma decorrência lógica da urgência em reforçar a argumentação do impacto social do referido fenómeno, que será uma das linhas mestras de desenvolvimento dessa dissertação. A referida missão não é de todo fácil, no entanto há grande dificuldade de conceptualização do chamado discurso de ódio, por questões que vão desde a variedade de factos aos quais poderá referir-se, até a distinção necessária entre uma simples discordância veemente e manifestações às quais se possa conferir o estatuto de odiosas.

De facto, estamos a tratar de uma problemática de carácter complexo, que compreende desde discursos religiosos que pregam a abominação de certas práticas sexuais, até à incitação direta à violência contra praticantes de uma determinada religião. Por esse motivo, será essencial pormenorizar e adotar uma espécie de gradação para uma melhor análise.

Para Waldron, a utilização do termo discurso de ódio deve ser substituída pela denominação “difamação coletiva¹”. Tratar-se-á, na conceção do autor, do ato de difamar grupos inteiros, de modo a enviar uma mensagem não apenas a esses grupos, mas também a toda a sociedade, criando-se um clima de insegurança e hostilidade contra os seus membros². O termo importa num significado mais abrangente do que o da simples ofensa à honra de um indivíduo ou de um grupo, uma vez que traria consequências diretas a nível da sociedade.

Essa conceção parece-nos extremamente precisa no que diz respeito à descrição de um fenómeno que na opinião do autor importa ao direito. A questão que nos leva dúvidas é: como será possível definir que um discurso – ou meras palavras – tenham o condão de levar a um quadro de insegurança e de hostilidade contra membros de uma comunidade?

¹ Tradução livre para os termos *group libel* ou *group defamation*.

² WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012, versão e-book Kobo, pp. 39 ss..

A questão que se nos apresenta será a respeito da existência de um efetivo nexo causal entre o discurso e a produção de efeitos sociais que extrapolem a mera “ofensa” aos membros dos grupos que são alvo desse tipo de discurso e que passe a gerar efeitos que culminem num prejuízo global ao seu património jurídico e à sociedade na qual estão inseridos.

A nossa investigação deverá partir, portanto, de uma análise do discurso e do seu impacto. Para Wittgenstein³ a função da linguagem é descrever a realidade. Assim, a linguagem tratar-se-ia se uma figuração lógica do mundo que tende a traçar um paralelo com a realidade. Daí a afirmação “os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo⁴”.

Com base nessa concepção, há que destacar que as figurações poderão ser verdadeiras ou falsas, na medida em que correspondam ou não à realidade. Compreendemos, no entanto, que independente de sua falsidade ou veracidade, essa linguagem terá o poder de construir uma narrativa, uma leitura do mundo que se constituirá como parte do imaginário coletivo de uma sociedade.

Tal ideia ficará mais evidente na medida em que percebemos a sociedade como um produto das interações simbólicas entre os seus membros, o que se funda na ideia de que os indivíduos agem em relação uns aos outros de acordo com os significados que se lhes atribuem. Esse processo de atribuição de significado tem por escopo a interpretação de factos, que serão influenciados pela reflexividade dos indivíduos e pela forma como comunicam essas interpretações⁵.

Decorre dos conceitos expostos até o momento que a linguagem, no sentido do que é capaz de expressar, terá um papel na atribuição de significados aos indivíduos ou aos grupos. Esses significados, atribuídos ao longo de um processo de construção social, são

³ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, tradução José Arthur Giannotti, São Paulo: Companhia Editor Nacional / Editora da Universidade de São Paulo, 1968, pp. 59 ss..

⁴ WITTGENSTEIN, *Op. cit.*, p. 110.

⁵ BLUMER, Herbert, *Symbolic Interactionism: Perspective and Method*, Berkeley: University of California Press, 1986, pp. 78 ss..

elementos de discursos que, quando hegemônicos, terão por escopo determinar o que é aceitável ou não numa determinada sociedade⁶.

Desse modo a sociedade encontrará forma de categorizar os seus membros, desde aqueles considerados mais valorosos, até àqueles que estarão marcados por um baixo valor social. Num ponto mais extremo, esse processo acaba por criar o estigma social que atribuirá a determinados grupos um conjunto de características que, por não serem aceites pela comunidade com a qual convivem, acabarão por ostracizá-los⁷. Os discursos terão um papel fundamental na manutenção ou transformação dessas sociedades, na medida em que o debate público informado que decorrer nelas será formador de consensos políticos e morais que a sedimentarão⁸.

No dizer de Waldron, independentemente de futuras consequências, o discurso de ódio como ato em si já traz consequências a nível das relações em sociedade, por que acarreta uma quebra de confiança no ponto de sustentação social da dignidade individual. Ao manifestarem-se publicamente contra membros mais vulneráveis, os cidadãos minariam a confiança na ideia de que todos os cidadãos são merecedores de igual tratamento por serem possuidores de igual dignidade⁹.

Visto que há nesse discurso uma tendência em marginalizar pessoas e/ou grupos muito mais do que ofendê-las ou simplesmente macular a sua imagem, é esse tipo de narrativa que nos interessa em especial. As ofensas motivadas por ódio não serão a causa dessa dinâmica, mas sim um sintoma de que a sociedade está contaminada por ela.

Há fartura de exemplos históricos de sociedades que, tomadas por esse tipo de discurso, levaram a cabo a desumanização de populações inteiras, ao ponto do seu extermínio em massa. Talvez o exemplo mais notório nos nossos tempos seja o Holocausto, que teve palco na Alemanha nazi, durante a Segunda Guerra Mundial.

⁶ FOUCAULT, Michel, *A Ordem do Discurso*, Aula inaugural no Collège de France, Pronunciada em 2 de dezembro de 1970, Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio, São Paulo: Loyola: 1996, pp. 64 ss..

⁷ GOFFMAN, Erving, *Stigma: Notes On The Management Of Spoiled Identity*, Englewood Cliffs, N.J. Prentice-Hall, 1963, pp. 114 ss..

⁸ HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Tran William Rehg, 1996: Cambridge, Massachusetts, p. 103.

⁹ WALDRON, *Op. cit.*, pp. 65 ss..

No dizer de Hannah Arendt, embora as origens reais do antissemitismo estivessem em factos históricos diversos, milhões de pessoas foram executadas em campos de concentração, sob justificações propostas por narrativas históricas que normalizavam o ódio aos judeus¹⁰. Essa leitura permite-nos perceber que o povo judeu, ao exemplo de outros grupos minoritários, antes de ser vítima do extermínio em massa, foi vítima de campanhas difamatórias que visavam retirar-lhe a dignidade.

Assim, percebemos que o fenómeno do discurso de ódio é aquele que, tendo por base a estigmatização de determinados indivíduos, terá por escopo o ataque à sua dignidade. Extirpados da sua dignidade, esses indivíduos passam a receber tratamento discriminatório por parte da sociedade e das suas instituições, o que reforçará o estigma no qual se baseiam numa dinâmica de retroalimentação¹¹. Em última análise, será expectável que essas pessoas passem a ser alvo de assédio mais contundente, numa crescente violência social e institucional, que pode levar à supressão dos seus direitos básicos.

As consequências do discurso de ódio não são mero acaso, sendo próprio dessa expressão a incitação, justificação, difusão e/ou promoção da intolerância¹², conforme consta descrito em documentos oficiais e literatura a respeito do tema. Podemos considerar, então, que muito embora haja uma série de efeitos potenciais ou diretos que derivam desse fenómeno, haverá num primeiro plano a agressão à dignidade da pessoa humana.

¹⁰ ARENDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, tradução Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, 3ª reimpressão, pp. 23 ss..

¹¹ WALDRON, J.J., *Op. cit.*, p. 179; KEEN, Ellie e GEORGESCU, Mara, *Referências: Manual para o combate ao discurso de ódio online através da educação para os direitos humanos*, tradução Maria João Dornelas, Lisboa, Fundação Calouste Gubenkian, 2016, Edição revista, p. 169.

¹² Council of Europe, *Appendix to Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech”* adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997, p.106, “scope”; WEBER, Anne, *Manual on hate speech*, Strasbourg: Council of Europe, 2009, p. 3.

2.1. A dignidade da pessoa humana

Há muito que a ideia da dignidade da natureza humana ocupa discussões de carácter filosófico. Pode-se considerar que a seu desenvolvimento, enquanto conceito, vem a ocorrer na história por tempos que passam desde o Império Romano, a Idade Média, o Iluminismo e o Pós-guerra¹³. Esse conceito varia ao longo da história, assim como varia a sua conceção nas diferentes áreas do conhecimento, de forma que se apresenta como um termo complexo e multifacetado.

A famosa noção kantiana de dignidade¹⁴ é baseada na autodeterminação moral. Um ser humano seria dotado de dignidade na medida em que tivesse poder sobre a produção da normal moral à qual estaria sujeito. Essa é uma das máximas ao lado da qual se justapõem outras, como a da humanidade material – que localiza a finalidade do ser humano nele mesmo – ou a da universalidade – pela qual o comportamento moral será aquele que tem possibilidade de universalização como “lei natural”.

A máxima da autodeterminação é considerada o valor supremo do seu conceito de moralidade e permite conceber que é indigno para um ser humano seguir uma lei moral que lhe tenha sido imposta. Para o que nos interessa, é fácil perceber o discurso de ódio como uma narrativa que vá justamente ao encontro da desmoralização das pessoas às quais se refira.

Entretanto será no contexto do pós-guerra que esse conceito começa a ganhar maior dimensão. É como resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial que o termo “dignidade humana” passa a ser incluído num sem número de documentos oficiais e tratados no plano internacional¹⁵ e também nos julgados das cortes

¹³ BARROSO, Luís Roberto, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012), pp. 334 ss..

¹⁴ KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals (1785) in Rethinking the Western Traditions*, edited and translated by Allen W. Wood, New Raven, CT: Yale University Press, 2002, p. 54.

¹⁵ São exemplos a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção de

internacionais¹⁶. É possível afirmar que nesse novo período a dignidade da pessoa humana será definitivamente incluída como valor comum no *ethos* da civilização ocidental.

Será também nessa altura que as nações passarão a positivar nos seus direitos internos a dignidade humana¹⁷, conferindo-lhe estatuto constitucional, tendência cujo exemplo simbólico mais importante é o da Constituição Alemã¹⁸ de 1949. A dignidade da pessoa humana também passa a ser referida numa grande quantidade de julgados, ainda que em países onde não houvesse menção constitucional expressa, como é o caso de França¹⁹. A exceção a esse quadro são os Estados Unidos da América, onde o desenvolvimento do tema ainda é tímido²⁰.

Em termos de conceptualização jurídica podemos referir Dworkin²¹, para o qual a conceptualização da dignidade humana se refere a dois princípios: todas as vidas humanas têm um valor potencial intrínseco e cada qual tem a responsabilidade de realizar esse potencial.

Já para Alexy²² o conceito de dignidade da pessoa humana será um conceito ponte que liga um conceito descritivo do termo – que define pessoas como seres dotados de inteligência, sentimento e reflexividade nas formas cognitiva, volitiva e normativa – a

Direitos da Criança (1989), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e a Carta Árabe de Direitos Humanos (2004).

¹⁶ A dignidade da pessoa humana já foi citada em decisões do tribunal de Justiça da União Europeia (ex.: Case C-36/02, Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbör – germeisterin der Bundesstadt Bonn, 2004 E.C.R. I-9641), do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (ex.: S.W. v. United Kingdom, App. No. 21066/92, 21 Eur. H.R. Rep. 363, 402 [1995]) e da Corte Interamericana de Justiça (ex.: Lund v. Brazil, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 325 [Inter-Am. Ct. H.R. Nov. 24, 2010]).

¹⁷ É o caso das constituições da Alemanha, Itália, Japão, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia. Alguns outros países contam com menções à dignidade humana no preâmbulo das suas constituições, como é o caso de Irlanda, Canadá e Índia.

¹⁸ O referido consta no artigo 1º. da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949.

¹⁹ Conseil Constitutionnel [CC][Constitutional Court] decision No. 94-343/344DC, July 27, 1994, J.O. 11024 (Fr.).

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 346 ss..

²¹ DWORKIN, Ronald, *Is democracy possible here?: Principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008, pp. 9-10.

²² ALEXY, Robert, *Human Dignity and Proportionality Analysis in Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, v. 16, n.º. 3, pp. 83-96, Joaçaba, UNOESC, 2016, pp. 90-91.

um conceito de valor intrínseco (emprestada de Dworkin). Extrai desse pensamento duas proposições: “o dever de que todos os seres humanos sejam levados a sério enquanto pessoas” e “o direito de todos os seres humanos de serem levados a sério enquanto pessoas”.

Para Barroso, dada a generalidade de ordenamentos jurídicos que vem a adotar a dignidade humana como imperativo, é possível e necessário que se crie uma definição transnacional de modo a unificar e universalizar a identidade do conceito numa forma secular e neutral^{23 24}. Em razão dessa proposta, elabora um conceito que reside em três premissas: o valor intrínseco do ser humano, a sua autonomia e o valor da comunidade. Enquanto o valor intrínseco seria aquele próprio dos seres humanos, independente de qualquer outro fator, e a autonomia seria a possibilidade de os indivíduos se desenvolverem de acordo com as suas próprias convicções, a dignidade humana enquanto valor da comunidade seria uma espécie de dimensão social do conceito, que projeta sobre a autonomia individual uma limitação, por ordem dos valores da comunidade e pelas normas do Estado²⁵.

A doutrina a respeito do tema, mesmo quando restrito a um único ordenamento jurídico, é farta e divergente, mas debater a conceptualização de dignidade da pessoa humana é uma questão que extravasa os limites desse artigo. Não será demasiado dizer, entretanto, que os conceitos apresentados são todos baseados na noção de dignidade humana formulada por Kant²⁶ que, em razão do seu carácter pouco pragmático, tende a ser desenvolvido para utilização essencialmente no campo jurídico²⁷.

Chama a nossa atenção o conceito formulado por Barroso, pois além de ter a proposta de universalizar a sua identidade – na forma de um conceito secular e neutral –, trará ainda a noção da dignidade da pessoa como um princípio e excluirá a sua existência como um direito fundamental autónomo no ordenamento jurídico²⁸. Para além disso,

²³ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 360 ss..

²⁴ Posição contrária à da universalização do conceito pode ser encontrada em: SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª. Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 360 ss..

²⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 358-360.

²⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 89.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 354 ss..

defenderá a possibilidade de ponderação desse princípio, nos moldes da teoria de Alexy²⁹. No entanto, não pretendemos fechar-nos à volta desse conceito, tanto por que os seus dois primeiros elementos – valor intrínseco e autonomia – podem ser encontrados em inúmeros outros autores, quanto por que o seu terceiro elemento – o valor comunitário – acaba por torná-lo bastante aberto pelo modo como flutua quando varia a ordem jurídica e a realidade social à qual é aplicado.

Sob essa ideia, a dignidade humana passa a ser vista como fonte de direitos fundamentais, na medida em que será representativa de um conjunto de valores que fundamentam esses direitos. É a argumentação de Habermas,³⁰ no sentido de que a dignidade humana e os direitos fundamentais são duas faces de uma mesma moeda. De um lado o conjunto de valores morais que determinam que cada ser humano é único e, portanto, merecedor de igual dignidade e respeito, e de outro os direitos fundamentais, aos quais fará jus.

Na opinião de vários autores, a dignidade humana, enquanto valor social, é a base dos direitos humanos. Para Bobbio, essa ideia parte de uma concepção individualista da sociedade, na qual o homem nasce com direitos inatos e toda a associação política terá a função de protegê-los. Disserta que “na verdade os homens não nascem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão e não uma constatação de um facto ou um dado histórico”³¹, o que corrobora com a tese de que o valor da dignidade da pessoa humana será o fundamento dos direitos fundamentais, a assumir-se uma perspectiva idealista.

A considerar-se que a dignidade da pessoa humana não será, portanto, um direito fundamental autonomizado, mas sim um princípio de direito do qual emana um sem número de direitos fundamentais, qual será o significado de dizer-se que o discurso de ódio agride esse princípio? Significa dizer que, em tese, o discurso de ódio agride imediatamente o reconhecimento de todos cidadão como sujeitos de direito e,

²⁹ ALEXY, Robert, *Op. cit.*, pp. 86 ss..

³⁰ HABERMAS, Jürgen, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, n.º. 41, 2010, *Metaphilosophy* pp. 464 ss.. *apud* BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 362.

³¹ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

mediatamente, uma gama de direitos fundamentais que são parte do património jurídico dos indivíduos pertencentes a esses grupos.

Se utilizarmos a conceptualização proposta por Barroso, podemos identificar que o discurso de ódio tem como escopo minar o valor intrínseco de determinados indivíduos, sob a justificação de serem estes menos dignos. As justificações contidas nessas narrativas são inúmeras, mas podemos claramente identificar que as principais terão motivação religiosa, étnica, racial, de procedência nacional ou de orientação sexual e/ou identidade de género³².

Dessa forma, e ao aderir-se ativamente a uma narrativa que justifique, promova, incite ou difunda a ideia de que alguns seres humanos são menos dignos do que outros, destrói-se a fundamentação que permite a conclusão de que são titulares de direitos fundamentais, tal qual os seus pares. A primeira consequência que surge é a justificação para a discriminação, que tende a advir desse tipo de conceção a respeito do outro. Ficará então motivada qualquer negativa de igualdade de tratamento entre pares. Essa conclusão deriva da relação de proximidade que guardam o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que conferir igual tratamento seria o mesmo que conferir igual dignidade a todas as pessoas³³.

É claro que as pessoas serão tratadas de modo diferente pelo direito em qualquer sociedade, mas admitir que as pessoas sejam tratadas de modo diferente quando iguais seria o mesmo que negar a afirmação de que todos os seres humanos são possuidores de igual dignidade. A problemática reside no chamado fator de *discrímen*³⁴, já que as pessoas nunca poderão ser consideradas nem totalmente iguais e nem totalmente diferentes em todos os aspetos, mas sim apenas em relação a características específicas, questão que abordaremos com maior profundidade adiante.

³² WEBER, Anne, *Op. cit.*, p. 4 (incluímos o termo expressão ou identidade de género a considerar a evolução do debate da questão LGBT desde 2009, quando o manual foi publicado).

³³ SARLET, Ingo Wolfgang, *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. Construindo Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível*, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC nº. 09 – Jan/Jun 2007, p. 372.

³⁴ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 5ª Ed., 2002, p. 425.

A autonomia – segundo elemento identificado por Barroso³⁵ – também será posta em causa, na medida em que para que sejam considerados possuidores de autonomia individual plena os indivíduos deverão poder exercer livremente a sua vontade, de acordo com seus valores, interesses e desejos³⁶. Ora se elementos da esfera da autonomia individual passarem a ser objeto de depreciação não se pode falar numa liberdade plena de escolha, pois será posta em causa a independência do indivíduo, que tenderá a ser socialmente retaliado, na medida em que se oriente por determinada opção ou que seja possuidor de alguma característica identitária.

Numa outra faceta desse mesmo elemento, poderá considerar-se ainda que na medida em que o discurso do estigma for difundido pela sociedade, as oportunidades a serem oferecidas a esses indivíduos serão reduzidas, levando a que as suas possibilidades de escolha sofram grandes restrições³⁷. Desse modo, e com a redução de alternativas reais, quaisquer que sejam as que estiverem ao alcance dessas pessoas, fere-se a autonomia pessoal. Por outro lado, essa redução de possibilidades também prejudicará a sua participação no debate público e, em última análise, na produção da norma à qual estarão sujeitas. Pode-se dizer, portanto, que a sua autonomia pública³⁸ também será afetada.

Por fim, o último elemento do conceito explorado, o da dignidade como um valor comunitário, talvez seja o que representa o maior desafio no que diz respeito ao discurso de ódio. A dimensão social da dignidade humana representa as normas do Estado e o conjunto de compromissos, valores e crenças compartilhadas por uma determinada sociedade³⁹. Essa restrição estará ainda adstrita a uma legitimação que exige a reunião de três fatores que serão (1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, (2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e (3) a proteção de valores sociais compartilhados⁴⁰.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 367 ss..

³⁶ WALDRON, *Moral Autonomy and Personal Autonomy*, in *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, n.º 1, John Christman & Joel Anderson eds., 2005, pp. 307 ss.; *apud* BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 368.

³⁷ WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012, versão e-book Kodo, pp. 56 ss..

³⁸ HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Tran William Rehg, 1996: Cambridge, Massachusetts, pp. 84 ss..

³⁹ SELZNICK, Philip, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community* 358 (1992) *apud* BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 375.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.*, p. 374.

Com base nessa ideia alerta para o perigo de uma aplicação moralista do princípio da dignidade da pessoa humana na sua dimensão social, quando legitimado pela proteção de valores sociais. Aduz que a referida aplicação do princípio somente estará suficientemente fundamentada caso haja a reunião de três elementos, quais sejam (a) a existência de um direito fundamental a ser atingido, (b) o dano potencial para outros e/ou para a própria pessoa e (c) o grau de consenso social sobre a matéria⁴¹.

Ao verificar-se, portanto, que é o discurso de ódio uma agressão aos direitos e à dignidade dos grupos afetados, pode concluir-se que não ficará legitimada a interferência na sua autonomia. Do mesmo modo, também será imposta uma restrição à autonomia de quem o profere no caso da sua proibição, o que nos leva invariavelmente à necessidade de ponderação dos princípios em colisão com o caso concreto. Será necessário verificar se é possível invocar a dignidade humana como critério interpretativo em ambos os casos, podendo ainda afirmar-se que, no que respeita à proteção dos valores sociais compartilhados, ainda que haja grande consenso no seio dessas sociedades a respeito dessa limitação – de que é causa o discurso de ódio –, só estará suficientemente fundamentada a não aplicação do princípio, caso haja dano potencial para outros e/ou para a própria pessoa, combinado com a invocação de um direito fundamental.

Percebemos que o terceiro elemento do conceito criado por Barroso tem uma dupla finalidade, uma que nos será útil e a segunda que respeitosa e descartaremos. A primeira finalidade é abrir o conceito a uma possível universalidade – neutral e secular – de modo a que possa aplicar-se numa multitude de ordens jurídicas, sendo esta a ideia que iremos adotar. A segunda finalidade é criar uma fórmula para a resolução de casos difíceis, ideia que descartaremos. Haverá ainda um terceiro motivo pelo qual o elemento da dimensão social será importante neste trabalho, que é o de explicar a relação da dignidade da pessoa humana com os demais bens jurídicos afetados pelo discurso de ódio, ponto que será explicado a seguir.

⁴¹ *Ibidem*, p. 373.

2.2. Os direitos fundamentais e bens jurídicos afetados

Se interpretarmos a dignidade da pessoa humana como um princípio que está na base dos direitos fundamentais, teremos de identificar quais serão e em que medida são afetados esses direitos. De acordo com a ideia já elaborada linhas acima, o discurso de ódio tem o potencial de lesar, não apenas o património jurídico dos indivíduos, mas também bens jurídicos diversos que são de interesse coletivo.

Recupere-se a noção de que a consequência básica do discurso de ódio é depreciar indivíduos ou grupos e que isso atinge a dignidade dessas pessoas, na medida em que essa depreciação mina o valor intrínseco a elas atribuído em razão da sua natureza humana. Da noção de valor intrínseco decorre uma gama de direitos, como o direito à vida e à integridade física e mental⁴². Do direito à integridade mental exsurge o direito à reputação – ou à honra – que será sem sombra de dúvida o primeiro direito a sofrer interferência quando um indivíduo ou grupo é alvo de discurso difamatório. A facilidade de identificação da afetação desse direito em carácter imediato pode levar a uma conclusão precipitada de que o discurso de ódio não passa de mera ofensa à honra.

Tal conclusão não nos parece correta. Note-se por exemplo que Waldron, mesmo defendendo a utilização da denominação “difamação coletiva”, traz à argumentação todos os efeitos deletérios que potencial ou efetivamente esse fenómeno traz ao património jurídico dos indivíduos e grupos alvo e da sociedade como um todo. Ou seja, embora em primeiro plano e em carácter efetivo possamos identificar um dano à honra desses indivíduos, as consequências não se resumem a isso. Para tanto o autor irá distinguir o mero respeito (que poderá variar de acordo com a atribuição de valores que se dá a uma pessoa) do respeito enquanto reconhecimento dos seus direitos⁴³.

Dessa forma entendemos que o dano que o discurso de ódio causa à honra (ou reputação) poderá atingir o núcleo essencial do direito à integridade mental, de modo a dar azo a um dano (efetivo ou de perigo) a outros direitos fundamentais. Goffman⁴⁴ descreve com

⁴² BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 365 (refere ainda um direito à não-discriminação, posição que recusamos por entender que a igualdade é apenas um princípio e não um direito fundamental autónomo).

⁴³ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 86 ss..

⁴⁴ GOFFMAN, *Op. cit.*, pp.64 e ss..

maiores pormenores o impacto do estigma na vida social e na saúde mental. Explica que na medida em que a pessoa estigmatizada interioriza a consciência da sua inferioridade passa a isolar-se e a tornar-se hostil com os demais. Serão então comuns sintomas que vão desde a constante insegurança nas interações sociais, até quadros mais graves de ansiedade e depressão.

Os possíveis danos não se restringem, no entanto, à integridade mental desses indivíduos. A sua integridade física e em alguns casos o seu próprio direito à vida poderá sofrer danos, dependendo do tipo de discurso. A questão específica dos tipos de discurso, que terão claramente consequências diferentes, será abordada noutro capítulo, no entanto, neste momento, o que nos interessa é verificar que no campo das potencialidades um discurso incitador de violência real contra indivíduos, ou mesmo um discurso que promova a legitimação dessa violência, poderá atingir o direito à integridade física e à vida dessas pessoas, sempre tendo por motivação a sua suposta indignidade.

Não será apenas do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana que exsurgirão direitos fundamentais e bens jurídicos a serem postos em causa nessa análise. A autonomia individual das vítimas do discurso de ódio também restará limitada, conforme já foi explicado. Recupere-se então o conceito de que a autonomia individual é a possibilidade de alguém fazer as suas escolhas de acordo com as suas convicções, tendo por base os seus valores, interesses e desejos⁴⁵. Essa autonomia tem uma dupla dimensão – a privada e a pública⁴⁶ – noção sobre a qual nos debruçaremos para extrair os direitos fundamentais ou outros bens jurídicos que possam estar em causa aquando do discurso de ódio. Pode-se dizer que, no que concerne a autonomia individual, é essencialmente uma fonte de direitos de liberdade, sendo imperioso verificar em que medida a liberdade dos indivíduos que são vítimas de discurso de ódio será limitada pelo fenómeno.

No plano da autonomia privada, pode-se considerar que as limitações serão na seara individual, na medida em que as escolhas pessoais realizadas pelos indivíduos passem a

⁴⁵ WALDRON, *Moral Autonomy and Personal Autonomy*, in *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, n.º 1, John Christman & Joel Anderson eds., 2005, pp. 307 ss., *apud* BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 368.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen, *Op. cit.*, pp. 84 ss..

sofrer retaliações sociais – o que atinge a sua independência – e que as possibilidades que lhes são destinadas sejam reduzidas – ou que careçam de alternativas reais –, de modo a que a sua liberdade de viver a sua vida de acordo com sua própria consciência seja tolhida⁴⁷.

No campo da autonomia pública, esses grupos também poderão ter os direitos limitados. Pela deterioração das suas reputações dificilmente terão projeção política, para além de seus próprios círculos, o que acarretará a sub-representação ou não representação desses indivíduos junto aos órgãos políticos oficiais que definirão as leis e as políticas a que estarão sujeitos. É sabido que a representatividade é resolvida de modo tradicional com a adução de que a representação política deve ser virtual e não necessariamente real, ou seja, muito embora os representantes eleitos possam não ser parte de grupos marginalizados das sociedades, poderão estes ser representados por outros que colocarão a sua defesa em pauta. Tal processo dependerá, no entanto, de um debate público adequado, no qual participem diversas vozes em condições de igualdade e no qual esses grupos partem em franca desvantagem. Concluimos então que se poderá afirmar uma redução da autonomia pública pela desvantagem no debate público e pela sub-representação política⁴⁸.

Com essa invocação dos direitos fundamentais postos em causa, bem como o delineamento das suas possíveis lesões dentro de uma lógica de potencialidades, entendemos estar descrito o impacto do discurso de ódio no património jurídico individual. Adentraremos agora o campo dos bens jurídicos coletivos afetados, para tal, recuperaremos a noção de dignidade humana como valor comunitário – ou como restrição. Conforme já explicitado, para Barroso essa dimensão social implica um modelo que será utilizado como fórmula para resolução de casos difíceis⁴⁹.

Apesar da nossa opção por não utilizar essa fórmula, percebemos que esse elemento conceitual traz noções importantes a respeito da relação entre autonomia e valores sociais, sobre as quais nos debruçaremos de agora em diante. A primeira noção é que a autonomia individual encontra o seu limite tanto na proteção de direitos fundamentais

⁴⁷ BARROSO, *Op. cit.*, p. 368.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen, *Op. cit.*, pp. 183 ss..

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 373-374.

próprios ou de terceiros, como na proteção de valores sociais partilhados. Aplicando-se essa noção ao nosso tema de estudo, pode-se concluir que o discurso de ódio – ou a liberdade de expressão resultante da autonomia de quem o profere – poderá ser limitada tanto por atingir os direitos fundamentais ou a dignidade de terceiros, como por atingir valores partilhados socialmente.

Os eventuais danos aos direitos fundamentais e à dignidade de terceiros já foram explicados linhas acima, ainda que no campo das potencialidades. Cabe-nos agora verificar que os valores sociais partilhados poderão sofrer danos em relação ao fenómeno do discurso de ódio. Para estruturar essa análise referiremos a noção de Waldron de “sociedade bem ordenada”. O autor refere-se a um dos elementos da concepção de Rawls sobre uma sociedade bem ordenada como “aquela em que todos aceitam os mesmos princípios de justiça, e que sabem que todo o restante da sociedade aceita esses mesmos princípios básicos”⁵⁰.

Embora a ideia rawlsiana de sociedade bem-ordenada seja diversa (consideração feita por Waldron) apegue-se a esse aspeto e elabore a máxima de que uma sociedade bem ordenada será uma sociedade em que todos aceitam os mesmos princípios básicos de liberdade, igualdade e dignidade, a concentrar-se na confiança em relação ao comprometimento dessa sociedade com os fundamentos de justiça e dignidade, como parte da sua cultura pública democrática⁵¹.

Percebemos que a ideia central da sociedade bem ordenada é uma ideia de uma sociedade ancorada no bem comum, que deverá ser o conjunto de objetivos coletivos dessa sociedade (ou os seus valores superiores). Por outras palavras, o bem comum será aquele objetivo comum a todos os cidadãos, dentro de uma perceção comum do que é justo⁵². Essa realidade só será possível numa sociedade em que todos os cidadãos se vejam uns aos outros como iguais que participam juntos num sistema de cooperação mútua para a sua construção.

⁵⁰ RAWLS, John, *Political Liberalism* (Columbia University Press, 1993), 35 and 43-46, *apud* WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 86 ss..

⁵¹ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 65 ss..

⁵² RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 71.

Essa concepção de uma sociedade bem ordenada, orientada por um conjunto de princípios básicos de justiça com vista a um bem comum, entra claramente em choque com as potenciais consequências do discurso de ódio a nível social. Pelo contrário, uma sociedade que permite que pessoas ou grupos de pessoas sejam consideradas menos dignas do que outras e que, por esse motivo, passem a ter os seus direitos e a sua dignidade expostos a ataques é uma sociedade que tem o seu tecido em constante esgarçamento, provocado pela tensão e pelo clima de hostilidade que se instala. Pode-se então invocar a agressão a bens jurídicos, tais como a ordem pública e a paz social.

Conforme já referimos, a participação na vida política desses cidadãos também será afetada. Isso trar-nos-á desdobramentos a nível da democracia enquanto bem jurídico. Não entendemos aqui a democracia enquanto valor na sua concepção tradicional⁵³, no entanto, para Habermas a ideia de democracia deliberativa⁵⁴ está fortemente associada à do debate público. Para o autor o ato de votar não é um simples ato de escolha, mas um ato de escolha baseado num debate realizado na esfera pública que tende a formar opiniões. Para que esse debate ocorra de maneira consistente e adequada nas democracias, considera então que todas as narrativas tenham igual espaço e oportunidade.

A ideia de democracia apresentada parece, à partida, contrariar a noção que se tem de que o discurso de ódio deva ser proibido, visto que é uma narrativa que parte da sociedade e que, por isso, deveria ter o seu espaço respeitado, de forma a que seja preservada a legitimidade do debate público que informa o processo democrático. No entanto, Habermas⁵⁵ vai chamar fenómenos como esse de “distorção comunicativa sistemática”, a que estará mais sujeita uma esfera pública desregulada, ao lado da assimetria de poderes e da violência estrutural. Importa-nos referir que se a ideia de democracia é que todos os cidadãos realizem a sua autonomia na sua condição de cidadãos livres e iguais⁵⁶ e se o discurso de ódio efetiva ou potencialmente causa danos à liberdade ou à igualdade dos cidadãos, teremos danos à democracia enquanto princípio.

⁵³ DWORKIN, Ronald, *Is democracy possible here?: Principles for a new political debate*, Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008, pp. 131 ss..

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen, *Op. cit.*, pp. 287 ss..

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen, *Op. cit.*, pp. 307-308.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 153.

Conforme insistem tanto Rawls quanto Habermas⁵⁷, existe uma exigência que deriva da própria ideia de contrato social, que se refere ao reconhecimento dos cidadãos enquanto iguais entre si, conforme já referimos, sendo essa a premissa qualificadora das sociedades que permite a existência de um regime democrático. Desse ponto de vista, entendemos que mesmo partindo da ideia de que todos os discursos devam ser permitidos no debate público, o discurso de ódio tem um caráter eminentemente antidemocrático, o que *per se* autorizaria alguma restrição. Deve analisar-se, entretanto, se há perigo de dano que justifique essa restrição, e entendemos que esse perigo de dano encontra respaldo numa sistematização do fenômeno, conforme referido anteriormente.

O que querem muitos dos que promovem o discurso de ódio é conduzir a opinião pública, de modo a obterem aderência suficiente para promover um bem público alternativo⁵⁸, que tende a repor um valor ou um conjunto de valores já estabelecidos numa determinada sociedade. É inegável a natureza de dissidência desse discurso e é indubitável o valor que tem a dissidência numa sociedade democrática, mas o aspeto central e essencial para a nossa análise será saber se o conteúdo dessa dissidência é contra os direitos básicos de outros cidadãos que fazem parte dessa mesma sociedade. Se a pluralidade é essencialmente democrática e se essa é fundamental ao debate público, não o será quando da promoção de ideologias contrárias aos fundamentos básicos da democracia.

2.3. A diferença entre ofensa pessoal e ofensa coletiva

Explicada a nossa perspetiva em relação à conceptualização do discurso de ódio como antidemocrático, podemos prosseguir com a diferenciação entre ofensa individual e coletiva. Inicialmente cabe frisar que estamos a utilizar o termo “ofensa” neste tópico no sentido genérico, dada a identificação já feita de que a ofensa poderá ser a bens jurídicos ou direitos fundamentais diversos e que as condutas que podem ser caracterizadas como “discurso de ódio” também são diversas, como ainda se explicará. Repita-se a ideia de que o discurso de ódio não se esgota na mera ofensa à honra.

Há como fazermos uma distinção básica que terá importantes consequências para o nosso estudo: a diferença entre ofensa individual e ofensa coletiva. Embora de modo

⁵⁷ RAWLS, John, *Op. cit.*, 199, p. 35; HABERMAS, Jürgen, *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁸ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 92 ss..

abstrato não fazamos uma distinção entre a ofensa à dignidade de uma pessoa ou à de várias, até mesmo porque um dos pilares dos nossos estudos é a dignidade da pessoa humana, há de conceber-se que a ofensa individual, embora tenha conceitualmente uma estrutura similar à da ofensa de grupo, levará a consequências diferentes, o que nos impele a regrá-las de modos diferentes no campo jurídico.

Ainda não trataremos do regramento de nenhuma delas, o que se fará em momento apropriado. Agora é importante ater-nos à ideia de que a ofensa individual – ou à dignidade do indivíduo – tem, sob o prisma da interferência nos direitos fundamentais, caráter muito semelhante ao de uma difamação coletiva. O que se quer dizer é que ambas poderão estar baseadas num estigma e retroalimentá-lo, e potencialmente acarretarão discriminações e danos à integridade física e mental⁵⁹. Ainda poderão afetar claramente a participação na vida pública desses indivíduos, por atingir o fundamento de igualdade que deve nortear as relações comunitárias numa democracia.

No entanto, do ponto de vista da dimensão social da dignidade humana, a ofensa individual não tem uma repercussão tão substancial como a ofensa coletiva. Denote-se que aqui adotamos esse conceito para explicar a gênese das limitações à autonomia individual baseada em valores sociais partilhados⁶⁰. Apresentámos em linhas anteriores que valores como a ordem pública, a democracia e a paz social poderiam sofrer danos em consequência do discurso de ódio, isso aplica-se, entretanto, somente ao fenómeno quando tratamos da ofensa à dignidade de um grupo específico e não quando tratamos de discurso depreciativo contra um indivíduo em concreto.

As razões para essa diferenciação são o entendimento de que muito embora possa haver estigma e ódio na motivação e no conteúdo de injúrias, campanhas difamatórias ou mesmo de violência real, essa não é a perspetiva que temos o intuito de trabalhar, por não se concentrar na causa e sim num sintoma da problemática⁶¹. O mais das vezes os ordenamentos jurídicos irão tratar a ofensa individual como ilícito civil ou penal específico, quando são postos em causas bens jurídicos legítimos que justifiquem a

⁵⁹ KEEN, Ellie e GEORGESCU, Mara, *Referências: Manual para o combate ao discurso de ódio online através da educação para os direitos humanos*, tradução Maria João Dornelas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, Edição revista, p. 169.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 360 ss..

⁶¹ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 111 ss..

intervenção penal, comumente o direito à honra individual – a considerar-se a relevância e a lesão a esses bens jurídicos – ou civil do ponto de vista da reparação do dano e do caráter pedagógico da sanção.

Conforme já referimos, embora essas ofensas sirvam para reforçar estigmas e participem na dinâmica do discurso do ódio, acabam por ser um efeito esperado em sociedades contaminadas por discursos que promovem, incitam, difundem ou justificam essas ações, de que causa. Estamos particularmente preocupados com as causas e não com as consequências, muito embora a nossa abordagem do ponto de vista sociológico – que serve a demonstrar as potencialidades danosas do fenômeno – possa fazer parecer o contrário.

Os eventuais ilícitos civis ou penais que tenham por motivação o ódio merecerão certamente que essa motivação seja reconhecida pelo direito. No reconhecimento dessas motivações encontraremos não apenas um mecanismo de monitorização, no que diz respeito ao discurso de ódio, como também uma forma de proporcionar maior efetividade às políticas criminais ou uma melhor orientação das composições civis. Pode perceber-se que, em muitos casos e a exemplo do que tem sido feito em muitos países, esses atos de violência psicológica ou real, quando qualificados por uma componente de ódio, serão “classificados” como crimes de ódio e terão as suas penas aumentadas ou serão mesmo objeto de legislação específica que vise a proteção de determinados grupos. Em quase todos os casos a lógica parte de se reconhecer que há categorias de cidadãos que estão mais sujeitos a esse tipo de violência e que, por isso, a reprimenda deverá ser acentuada de modo a desencorajar a sua prática⁶².

Esses grupos serão identificados por um elemento comum que os unirá – em torno de um estereótipo ou de um conjunto deles – e ser-lhes-ão atribuídas características, independentemente das suas reais personalidades. Todo e qualquer grupo será então uma potencial vítima do que chamamos discurso de ódio? Em teoria sim, porém apenas no

⁶² A exemplo do que já ocorria na Europa Ocidental, em 1992, com a legislação contra o racismo e xenofobia (cf. Comissão das Comunidades Europeias, *Instrumentos jurídicos para combater o racismo e a xenofobia: estudo comparativo dos instrumentos jurídicos adotados nos vários Estados-membros para combater todas as formas de discriminação, de racismo e de xenofobia e de incitamento ao ódio e à violência racial* / Instituto Internacional dos Direitos do Homem – Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 1992. pp. 37 ss.)

sentido em que os elementos identificadores desse grupo nessas sociedades permitam concluir que sejam parte de setores claramente estigmatizados e que haja um desequilíbrio na relação entre esse grupo e o restante da sociedade, que o ponha numa situação de relativa subordinação⁶³.

Os elementos identificadores mais comuns costumam ser aqueles já referidos, como a raça, a etnia, a religião, a proveniência nacional e, mais recentemente, a orientação sexual e a identidade de gênero⁶⁴, embora isso não seja um rol taxativo de elementos identificadores desses grupos. Com base nesses elementos, as constituições dos países passam a elencar o rol das chamadas categorias suspeitas, que nada mais são do que grupos de pessoas que estarão mais sujeitas à discriminação pela sua vulnerabilidade histórica.

As categorias suspeitas, tanto nos direitos internos dos países como nos sistemas internacional ou regionais de proteção dos direitos humanos,^{65 66 67} serão uma referência para orientar a identificação dos grupos efetivamente vulneráveis em cada sociedade. O reconhecimento prévio dessas categorias para a efetiva proteção de grupos

⁶³ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Dicionário de política*, Tradução Luis Guerreiro Pinto, 12ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999, pp. 933 e ss.

⁶⁴ WEBER, Anne, *Op. cit.*, p. 4.

⁶⁵ Em Direito Internacional as chamadas “minorias” costumam tradicionalmente ser consideradas aqueles grupos ligados por elementos raciais, étnicos e linguísticos, os quais também não representam um rol taxativo (cf. UN General Assembly, *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 3 February 1992; UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation*, 2010, HR/PUB/10/3 e United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, UN Doc. No. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979. New York: United Nations, 1979).

⁶⁶ O sistema europeu de proteção de direitos humanos também contempla categorias suspeitas de discriminação, tais como sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem nacional ou social, associação com minorias nacionais, propriedade, nascimento ou qualquer outro estatuto (cf. Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5).

⁶⁷ O direito interno de vários países também reconhece as chamadas categorias suspeitas a variarem os elementos apontados, como é o caso de Portugal (artigo 13.º da *Constituição da República Portuguesa*); Brasil (artigo 1.º, IV da *Constituição da República Federativa do Brasil*); Alemanha (artigo 3.º, (3) da *Lei Fundamental da República Alemã*); Itália (artigo 3.º da *Constituição da Republica Italiana*); África do Sul (Artigo 9.º, 3 da *Constituição da República da África do Sul*); Estados Unidos da América (*Romero vs Evans*, 571, U.S., 620, 1996); entre outros.

estigmatizados pelas sociedades não nos parece, no entanto, apto a restringir o conceito de discurso de ódio, visto que a produção de efeitos sociais (e não apenas para o grupo) estará em causa.

Poderemos considerar que já temos delimitadas algumas importantes distinções, sendo a primeira que, embora a motivação odiosa possa e deva ser reconhecida pelo direito como uma qualificadora de conduta a ser criminalizada ou proibida, não nos parece ser o caso de chamar discurso de ódio a algo que está a referir-se a um dos seus desdobramentos a nível consequencial. A outra distinção é que estamos a falar de grupos que poderão ser quaisquer, desde que estigmatizados numa sociedade. Sobre essa última proposição, importa reconhecer que não terá como consequência confundir esses grupos com as chamadas categorias suspeitas previamente reconhecidas pelo direito, muito embora haja a necessidade de se verificar uma componente de estigmatização e de subordinação desses grupos a outros na realidade de cada sociedade.

2.4. A institucionalização política do discurso de ódio e o risco para a democracia

Afora o dano à democracia – na perspetiva da igual participação dos indivíduos na esfera pública e da sua representação junto às instituições democráticas – haverá um perigo de dano à democracia enquanto princípio, devido à sistematização desse discurso e à distorção comunicativa por ela provocada na esfera pública, enquanto palco do debate formador de opiniões. Certo é que, na medida em que o discurso de ódio ganha uma esfera pública desregulada, terá potencial para tornar-se o discurso hegemónico e, dessa forma, não apenas permear os órgãos legislativos com a eleição de representantes que defendam ideias políticas pautadas pela intolerância, como também passar a ter influência determinante no ambiente político e no processo decisório, o que consideramos evidentemente antidemocrático⁶⁸.

A esse segundo nível da problemática vamos chamar institucionalização política do discurso de ódio. O termo instituição tem muitos significados, sendo certo que o uso que aqui se pretende é o político, que se referirá às instituições democráticas ou instituições do regime democrático, que regularão a luta pelo poder e o seu exercício. Se toda a

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen, *Op. cit.*, p. 371.

escolha de regime implica necessariamente uma escolha de valores que o deverão reger, essas instituições, tais quais os partidos políticos, os órgãos do legislativo, executivo e judiciário, terão o dever de por eles zelar⁶⁹.

Se considerarmos que a ideologia do ódio chega a permear os corpos parlamentares e a tornar-se hegemónica em determinada sociedade, então podemos assumir que estarão em xeque os valores de uma democracia que se pautem pela dignidade da pessoa humana. É mesmo a ideia já exposta da promoção de um bem público alternativo que tenciona suplantá-lo, na forma da sua subversão. Essas ideias, promovidas por adeptos de ideologias extremistas ou mesmo por políticos que simplesmente se aproveitam de ondas racistas, xenófobas, misóginas ou da popularidade de qualquer outra tendência extremista para se arrogarem como seus representantes, acabam por ter como consequência sérios danos para a paz social, a ordem pública e a democracia.

O problema central, nesses casos, é que as instituições democráticas terão poder político para reformarem a ordem vigente, de modo a tornarem essas ideologias – antes marginais – num novo projeto de sociedade, que com a sua normalização e absorção pela burocracia do Estado vai passar a ser gerida (e a gerir-se) em conformidade com essa nova ordem de valores. O que até aí, do ponto de vista axiológico, era visto – ou externamente é visto – como ilegal ou mesmo criminal passará a ser parte da vida normal da sociedade e contará com o apoio das instituições políticas⁷⁰.

Em última análise, será possível identificar que a ideologia do ódio passará a formar parte do ordenamento jurídico desses Estados, numa espécie de contaminação da democracia que poderá suprimi-la, uma vez que a discriminação negativa e injustificada desses grupos passará a ser adotada como prática institucional, o que fatalmente desumanizará socialmente esses indivíduos. Ainda, e no passo seguinte, o uso da violência monopolizada pelo Estado passa a ser usada contra esses grupos, numa clara ameaça à democracia⁷¹.

⁶⁹ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Op. cit.*, p. 1081.

⁷⁰ ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*, traducción de Carlos Ribalta, Barcelona: Ed. Lumen, 2003, pp. 70 ss..

⁷¹ ARENDT, Hannah, *Op. cit.*, p. 157.

Não é difícil encontrar na história do direito exemplos de criminalizações de práticas religiosas, de manifestações culturais, de práticas sexuais e leis discriminatórias e segregadoras⁷² ou mesmo exemplos de políticas discriminatórias ou de extermínio de populações estigmatizadas⁷³. Esses estigmas têm raízes histórico-culturais diversas, que terão de ser analisadas caso a caso, mas o discurso que promove, incita, justifica ou difunde essas ideias terá sempre um papel fundamental na sua perpetuação, na sua propagação e finalmente na sua institucionalização política.

Lidar com questões que redundem em violência promovida pelo Estado não faz parte do escopo do nosso trabalho, essa argumentação é trazida apenas para que fique clara a participação do discurso de ódio na escalada da violência social e, em alguns casos, institucional. Importa ressaltar que essa dinâmica poderá resultar em danos a bens jurídicos, como a ordem pública, a paz pública e o princípio da democracia em todas as formas aqui apresentadas – desde a promoção da desigualdade de participação dos cidadãos na vida política, até à sua total supressão, como a que acaba por ocorrer em genocídios⁷⁴.

Como é possível, então, o direito lidar com esse fenómeno? Percebemos que para responder a essa questão é necessária, em primeiro lugar, uma correta compreensão do discurso de ódio em toda a sua complexidade, bem como da sua imbricada relação com

⁷² Apenas para citar alguns exemplos temos: as relações homossexuais entre homens na Inglaterra e no País de Gales eram criminalizadas até 1967, quando a conduta foi descriminalizada pelo *Sexual Offences Act 1967* (ver http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/60/pdfs/ukpga_19670060_en.pdf); Nos Estados Unidos da América, a segregação racial escolar era prática comum, até que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte em 1954, em *Brown vs Board of Education* (ver http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_brown.html); A manifestação cultural afro-brasileira conhecida como “Capoeira” era prática criminalizada no Brasil até 1940, quando foi descriminalizada, com a promulgação do Código Penal de 1940, na qual já não se encontrava incluída (ver <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>); A utilização do véu islâmico em público é proibida desde 2010 em França (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>)

⁷³ Um dos exemplos mais recentes é o genocídio no Ruanda, levado a cabo em 1996 pelos *Hutus* contra os *Tutsi*. Muitos dos condenados referiram nas suas defesas terem recebido ordens diretas do governo para o cometimento de crimes (ver <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/AKAYESU%20-%20JUDGEMENT.pdf>)

⁷⁴ BUYSE, Antoine, *Words of violence: “fear speech,” or how violent conflict escalation relates to the freedom of expression*, Human Rights Quarterly, 2014: Baltimore, v. 36, n.º 4, p. 796.

o discurso político. A partir da análise conceitual feita neste capítulo, de identificação dos direitos fundamentais e outros bens jurídicos afetados e da gradação de efeitos a que o discurso de ódio tem a potencialidade de dar azo na esfera pública, passaremos a dedicar-nos a apresentar o estado atual do debate jurídico, as doutrinas de referência, bem como contextualizá-las no atual cenário sociopolítico ocidental, de modo a verificar possibilidades de atualização argumentativa para qualquer uma delas.

3. O discurso de ódio nas doutrinas norte-americana e europeia

Se é verdade, como dizemos, que o discurso de ódio atinge o valor da dignidade da pessoa humana e que tem potencial para atingir inúmeros direitos fundamentais e bens jurídicos, dependendo do caso concreto, também é verdade que qualquer tentativa de regulação desse fenómeno implica, logo à partida, a restrição a um direito fundamental de grande relevo nos ordenamentos jurídicos contemporâneos: a liberdade de expressão. Se é possível uniformizar um certo conceito geral para a dignidade humana ou mesmo para a liberdade de expressão em culturas jurídico-políticas diversas, não se pode afirmar o mesmo a respeito do tratamento que se vai dar nos casos de conflito que envolvam essas figuras jurídicas.

Certo é que a respeito do tema existem duas doutrinas de referência – a norte-americana e a europeia – que se destacam, não apenas por serem as doutrinas mais influentes em relação ao que estudamos, mas também por estarem em polos opostos da discussão, apresentando soluções jurídicas antagônicas para casos extremamente similares⁷⁵. Uma das razões que costuma ser apontada é a diferença de estatuto que gozam, tanto a liberdade de expressão, como a dignidade da pessoa humana, nessas doutrinas, a outra é a diferença de interpretação da problemática do discurso de ódio, que tende a ser vista por perspetivas muito diferentes em diferentes sociedades.

Também é de se afirmar que para um debate intelectualmente honesto a respeito do tema, devemos fazer algumas considerações básicas a respeito da liberdade de expressão. Se a

⁷⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Víctimas y disidentes: el discurso del odio en EE. UU. y Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a.35 n.º 103 (enero-abril 2015), pp. 48 e ss..

dignidade da pessoa humana foi defendida no capítulo anterior como uma fonte de direitos fundamentais, e se é composta por um elemento de autonomia pessoal, é correto afirmar que a dignidade humana também é fonte dos direitos de liberdade, a exemplo da liberdade de expressão, de consciência e de associação⁷⁶. Restringir esses direitos também poderá levar à mutilação de algum grau de autonomia – privada ou pública – de qualquer indivíduo, motivo pelo qual não nos parece que a questão fique resolvida com a simples invocação da dignidade humana como critério interpretativo.

Outro ponto de extrema relevância é que não entendemos nem a dignidade humana nem a liberdade de expressão como princípios absolutos, nem como direitos fundamentais que tenham apriorística precedência um sobre o outro. Neste sentido, nos casos em que venham a ser invocados ambos e em que estiverem em conflito, será imperiosa a sua ponderação com base no caso concreto. Essa será a nossa principal crítica às abordagens que tenham por escopo hierarquizar princípios ou direitos fundamentais⁷⁷.

Antes de realizar qualquer tipo de crítica ou argumentar por determinada opção teórica, temos a intenção de demonstrar de forma bastante concisa qual a evolução histórica dessas doutrinas e que perspectiva fundou os seus ordenamentos jurídicos, de forma a compreendermos a validade atual dos argumentos empíricos ou teóricos que nelas subjazam, dentro de uma lógica da qual emergem como soluções no atual cenário sociopolítico ocidental.

3.1. Breve enquadramento histórico

O pensamento mais tradicional no que se refere à doutrina americana a respeito da liberdade de expressão remete à doutrina de Mill,⁷⁸ que ficou conhecida pela concepção do *marketplace of ideas*. Para os adeptos dessa doutrina, uma opinião – verdadeira ou falsa – jamais deverá ser silenciada, já que sempre terá o potencial de contribuir para o debate. Mais do que isso, uma ideia, ainda que totalmente falsa, deverá ser conhecida pelo público, não sendo legítimo que o Estado decida que opiniões devem ou não ser

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 368.

⁷⁷ Cite-se, por exemplo, a corrente doutrinária alemã, que tende a interpretar a dignidade humana como valor absoluto e que, por isso, tenha precedência o mais das vezes (cf. ALEXY, Robert, *Op. cit.*)

⁷⁸ MILL, John Stuart, *On liberty*, Kitchener: Batoche Books Limited, 2001, p. 50.

permitidas. Neste sentido, caberá à audiência, dentro de um critério racional, validar ou não essas opiniões.

Extraímos do pensamento de Mill três proposições básicas e a primeira delas é que qualquer ideia contribuirá sempre para o debate. De facto, se pensarmos que o debate deverá ser alimentado por ideias, qualquer uma, genericamente, poderá servir de contributo. Então, a ponderação que nos resta é a respeito da qualidade desse debate: um debate repleto de ideias falsas poderá produzir opiniões distorcidas e, no pior dos casos, a manipulação de posições políticas legítimas.

Relativamente à segunda proposição que extraímos de Mill, parece-nos absolutamente legítimo que todas as opiniões sejam conhecidas pelo público, dentro de um debate que contemple igualdade de participação e pluralidade de opiniões. A questão fulcral a respeito dessa ideia é: e se essas opiniões forem ofensivas ou propuserem violência real ou simbólica contra outros indivíduos?

Essa questão é resolvida por Mill na terceira proposição, de onde podemos extrair: ficará a cargo da sociedade decidir a validade ou invalidade das opiniões, e com a rejeição natural de ideias falsas o perigo de propagação e de produção de efeitos negativos ficará solucionado. Essa visão rejeita completamente e logo à partida qualquer interferência do Estado na escolha de visões político-ideológicas, numa clara posição de desconfiança em relação a permitir a ingerência estatal na esfera de liberdade dos cidadãos, deixando ao critério da sociedade essa missão.

As ideias de Mill já foram muito criticadas e a doutrina americana evoluiu para novas perspectivas⁷⁹, mas o facto é que o pensamento apresentado pelo autor é a base do entendimento mais atual. Pode dizer-se que a sua interpretação leva a uma compreensão de que a Primeira Emenda projeta um elemento de neutralidade do Estado, impossibilitando-o de escolher as ideologias que devem prevalecer e as que devem ser abandonadas. Essa justificação, conforme consta da obra do autor, parte de uma clara

⁷⁹ Essa evolução doutrinária estará refletida na evolução jurisprudencial do tema (cf. *Whitney vs California*, 274 U.S. 357, 372-79 [1927]; *Tinker vs Des Moines*, 393 U.S. 503 [1969] e *Texas vs Johnson*, 491 U.S. 397, 414 [1989]).

desconfiança para com o Estado, e visa a proteção da liberdade individual face à sociedade⁸⁰.

A evolução jurisprudencial americana mostra-nos, entretanto, que algumas categorias de discurso de ódio passaram a merecer alguma atenção, especialmente no que diz respeito aos discursos incitadores de violência real e direta contra determinados indivíduos. Então, é possível afirmar que para a doutrina americana a liberdade de expressão encontrou algumas limitações, especificamente quando produz perigo iminente de um mal grave e substancial⁸¹, para aferir essa perigosidade, no entanto, não bastariam meras ilações, seria necessário comprovar claramente a emergência de um dano efetivo. Essa doutrina, criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a ser chamada de *clear and present danger*, condição indispensável para a proibição do discurso de ódio face à proteção de que goza a liberdade de expressão sob a Primeira Emenda⁸².

Posteriormente essa formulação foi reparada pela Corte, ao definir que o discurso não encontrará a proteção da Primeira Emenda quando tiver como consequência provável uma ação ilícita⁸³. De qualquer modo, todas as vezes que o tema do discurso de ódio foi endereçado à Suprema Corte, o caso acabou por ser entendido do modo tradicional, ou seja, decidido sob o argumento de que o mero facto de a sociedade ou mesmo o Estado não apreciarem determinada opinião não a invalida para o normal exercício da liberdade de expressão, merecendo assim total proteção⁸⁴.

Recentemente a Suprema Corte ainda reforçou, mais uma vez, o seu pronunciamento no sentido da prevalência da liberdade de expressão em casos de discurso de ódio, no conhecido caso *Snyder vs Phelps*⁸⁵, sobre a atuação da Igreja de Westboro no funeral do soldado Snyder. Tratava-se de uma demanda civil de indemnização por danos morais

⁸⁰ MILL, John Stuart, *Op. cit.*, pp. 12 e ss.

⁸¹ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952) e *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁸² HAUPT, Claudia E. *Regulating Hate Speech – Damned If You Do And Damned If You Don’t: Lessons Learned From Comparing The German And U.S. Approaches*, 2005: Boston University International Law Journal, Vol. 23(299), pp. 299-335.

⁸³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁸⁴ *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 916 (1978); *R.A.V. vs St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) e *Virginia vs Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁸⁵ *Snyder vs Phelps*, 564 U.S. 443 (2011).

que foi julgada procedente, tendo sido confirmada pelo tribunal do estado a sentença que condenou o Pastor Phelps a indemnizar a família do soldado por danos morais, consubstanciados em stress emocional intencionalmente causado. Em poucas palavras, tratou-se de uma manifestação organizada pela Igreja de Westboro durante o funeral do soldado Snyder, abertamente homossexual. Nos cartazes podia ler-se “Deus odeia os Estados Unidos da América/Graças a Deus pelo 11 de setembro”, “A América está amaldiçoada”, “Tropas de bichas”, “Deus odeia os gays”, “Os gays condenam a nação”, “Graças a Deus pelos soldados mortos”, “O Papa para o inferno”, “Os padres violam as crianças”, “Irás para o inferno” e “Deus odeia-te”⁸⁶.

A Suprema Corte, a exemplo dos entendimentos anteriores, confirmou que a atuação da Igreja de Westboro no funeral do soldado Snyder gozava da proteção da Primeira Emenda. O argumento do voto maioritário foi no sentido de que uma manifestação realizada em via pública e a respeito de uma questão pública não poderia ser considerado como facto gerador de dano moral, já que gozaria da proteção conferida à liberdade de expressão. No entanto, o debate americano não está cingido às posições da Suprema Corte. Desde Mill houve grande evolução quanto à discussão do tema, sendo que os principais contributos para a manutenção das posições da Suprema Corte talvez tenham sido as de Rawls e Dworkin.

Para Rawls⁸⁷ a sua noção de sociedade bem ordenada, a qual já apresentámos, depende diretamente do que chama de tolerância com o intolerante. Neste sentido, uma sociedade regida pelos princípios da liberdade e da igualdade, para ser estável, deveria manter a confiança nesses dois princípios e permitir qualquer tipo de discurso, com a rara exceção daquele que representa um perigo concreto para si mesma. O problema da confiança na liberdade estaria resolvido, para o autor, no momento em que os setores mais tolerantes da sociedade aceitassem a liberdade do intolerante divergir. Já o segundo ficaria solucionado com o tempo: um grupo menos tolerante que fizesse parte de uma sociedade tolerante acabaria por ser seduzido pelo ideal de tolerância (que inclusive o permitiu exercer a sua intolerância) por meio de um debate racional. É aceite neste pensamento,

⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. cit.*, pp. 45 e ss..

⁸⁷ RAWLS, John, *Op. cit.*, p. 190.

ao contrário do que acontecia com o de Mill, excepcionar a liberdade de expressão em casos extremos, nos quais exista risco para as instituições democráticas.

Já Dworkin⁸⁸ insiste na ideia de neutralidade do Estado. Para ele a liberdade para com os intolerantes seria uma espécie de custo com o qual se deverá arcar pela legitimidade política. Para o autor a ideia que subjaz a esse pensamento é a de que respeitar a autodeterminação moral individual significa permitir que os cidadãos desafiem até mesmo os mais básicos preceitos de uma democracia, até aquele que determina que todos os cidadãos são possuidores de igual dignidade. Desse pensamento podemos concluir que o autor reconhece de alguma forma que a dignidade da pessoa humana está em causa nos casos de discurso de ódio, mas aduz que a sua proibição não é aceitável do ponto de vista de uma sociedade que tenha na liberdade de expressão um dos pilares da sua democracia.

Na contramão do pensamento maioritário na doutrina americana, Waldron apresenta então argumentos contrários à proteção do discurso de ódio enquanto parte do livre exercício da liberdade de expressão, como já referimos. Para o autor o fenómeno tem a potencialidade de causar dano à dignidade da pessoa humana e um certo dano social. Esse será, conforme aludimos, o conceito que mais se aproxima do que aqui adotamos. Por esses motivos, embora não proponha uma regulação específica, critica a doutrina americana maioritária pela sua conceção “irrealista” a respeito da liberdade de expressão, ao afirmar que a analogia do *marketplace of ideas* é “supersticiosa”. Ainda critica a doutrina do *clear and present danger*, ao argumentar que o impacto provocado pelo discurso de ódio, se considerado na sua totalidade, trará sempre dano ao ambiente social⁸⁹.

Dirigindo-se diretamente a Dworkin, o autor faz considerações a respeito do seu argumento de legitimidade, divergindo do fundamento de que uma intervenção precoce no debate (a exemplo do que resultaria de uma legislação proibitiva do discurso de ódio) destruiria a legitimidade do processo democrático, no qual algumas vozes teriam sido caladas. Waldron aduz que esse mesmo argumento de legitimidade – baseado numa ideia

⁸⁸ DWORKIN, Ronald, *Op. cit.*, pp. 32-33.

⁸⁹ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 155-156 e 96-97.

de justiça – que para Dworkin justifica uma não interferência, para ele teria como principal consequência a sua destruição. Justifica que ao permitir-se a contaminação do debate por ideias intolerantes, destrói-se a confiança na ideia de igualdade⁹⁰.

Verifica-se, portanto, que a doutrina americana tem vivido alguma revitalização pela inserção na discussão de novos argumentos que desafiam a orientação tradicional. Se a doutrina americana parte de uma percepção quase absolutista da liberdade de expressão, a doutrina alemã parece caminhar em sentido bastante distinto. A dignidade humana está protegida no artigo 1.º da Lei Fundamental alemã⁹¹, que prevê que todos os direitos fundamentais deverão ser ponderados com ela. Na maioria dos casos, no entanto, esta última terá precedência.⁹² A localização topográfica no texto constitucional é um indício da preferência do legislador constitucional alemão pela dignidade humana como direito fundamental, havendo assim quem advogue pela sua precedência absoluta sobre os demais princípios constitucionais. A dignidade humana, em razão dessa interpretação, é vista no ordenamento jurídico alemão não apenas como um direito fundamental, mas também como um princípio⁹³. É mais ou menos evidente que a contribuição essencial para essa diferença tão radical terá raízes históricas e filosóficas que extrapolam os limites do nosso trabalho, entretanto, encontramos em Brugger um argumento essencial para compreender a opção alemã pela dignidade humana, que é o facto de a sua Lei Fundamental ter sido elaborada no pós-guerra⁹⁴.

A liberdade de expressão também encontra proteção constitucional no ordenamento jurídico alemão⁹⁵, sendo que também são enumeradas as suas possíveis restrições já no texto do próprio artigo. Da simples interpretação textual já é possível prever que há uma precedência, em alguns casos, da dignidade humana sobre a generalidade dos demais

⁹⁰ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 173-178.

⁹¹ A dignidade da pessoa humana é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público (cf. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, artigo 1.º, 1)

⁹² HAUPT, Claudia E, *Op. cit.*, p. 313.

⁹³ ALEXY, Robert, *Op. cit.*, p. 1.

⁹⁴ BRUGGER, Winfried, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law* (pts. 1 & 2), 3 GERMAN L.J. No. 12 (Dec. 2002), p. 2.

⁹⁵ (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (cf. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, artigo 5.º).

direitos fundamentais, mas também específica no que diz respeito à liberdade de expressão, uma vez que está claramente excepcionado ao seu âmbito de proteção o “direito da honra pessoal”.

De qualquer modo, na doutrina e na jurisprudência alemã é majoritário o entendimento de que sempre que é posto em causa o direito fundamental à liberdade de expressão, face a dignidade da pessoa humana, seja feita uma análise de proporcionalidade, que tenha por escopo verificar (1) Se os meios empregados para restringir o direito são legítimos à ação governamental; (2) se não há meio menos restritivos, porém igualmente efetivos, com a mesma finalidade pública; e (3) Se existe uma relação razoável entre o bem público a ser alcançado e a interferência no direito fundamental preterido⁹⁶.

O primeiro caso paradigmático a tratar da liberdade de expressão pela Tribunal Constitucional Alemão dentro desse modelo foi o caso *Lüth*⁹⁷. O caso revoluciona a jurisprudência alemã quando define a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que passam a ser tratados pela Corte não apenas como regras, mas também como princípios, dentro de uma concepção de princípios como mandados de otimização que devam ser aplicados na sua maior extensão possível. Também define a irradiação dos efeitos desses princípios por todo o ordenamento jurídico, de modo a obrigar o seu cumprimento, não apenas nas relações dos particulares com o Estado, mas também nas relações dos particulares entre si. Estará então em causa a necessidade de aplicar a ponderação em casos de conflito de direitos fundamentais na sua dimensão de princípio, o que acabou por resultar no modelo anteriormente exposto.

Apesar da possibilidade de ponderação de ambos os princípios e de toda a construção teórica feita desde o caso *Lüth*, a liberdade de expressão no ordenamento jurídico alemão ainda era vista, tanto nesse como noutros casos que se lhe seguiram, com um caráter preferencial⁹⁸. É apenas no caso *Mephisto*⁹⁹ que a Corte passa a dar precedência à

⁹⁶ BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, pp. 9-10.

⁹⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] [Federal Constitutional Court] Jan. 15, 1958, 1 Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] 198 (F.R.G.).

⁹⁸ Por exemplo, o caso *Schmidt-Spiegel* (Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] [Federal Constitutional Court] January 25, 1961, 12 Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] 113 (F.R.G)); HAUPT, Claudia E., *Op. cit.*, pp. 324-325.

⁹⁹ Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] [Federal Constitutional Court] Feb. 24, 1971, 9 Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht [BVerfGE] 173 (F.R.G.).

dignidade humana em detrimento da liberdade de expressão, numa decisão que promove a dignidade humana, no ordenamento jurídico alemão, a um “valor supremo”. Para o tratamento jurídico dado ao discurso de ódio essa decisão é um importante marco, por consignar que a Lei Fundamental alemã não protege apenas o discurso, mas também os efeitos provocados por esse discurso na sua audiência.

As legislações constitucional e infraconstitucional alemãs contam com vários dispositivos de lei que criminalizam ou regulam o discurso de ódio, desde o simples insulto – sobre o qual já tecemos considerações – até ao banimento de partidos considerados antidemocráticos¹⁰⁰. Será posto em causa, em muitos casos, o argumento de que a democracia deverá ser defendida contra os seus inimigos, conceito que acabou por ser batizado como Democracia Militante¹⁰¹. As justificações abstratas que servem de substrato para a elaboração dessas normas vão muito além da simples invocação da dignidade humana, levando em consideração diversos outros direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos pela ordem constitucional alemã, tais como o livre

¹⁰⁰ O Código Penal Alemão elenca no seu Capítulo 14, §§ 185 a 200 dispositivos de lei que dispõem sobre o insulto e a difamação; nos §§ 84 a 91 as ameaças ao Estado de Direito Constitucional (difusão e uso de propaganda inconstitucional ou Nacional Socialista), nos §§ 123 a 145d os Crimes Contra a Paz Pública (incitação ao ódio e à violência contra grupos minoritários). A legislação administrativa alemã também prevê restrições em relação ao discurso de ódio como, por exemplo § 1 (1) n.º. 2 e 3 do Ato das reuniões públicas, que prevê que assembleias convocadas por partidos que tenham sido considerados inconstitucionais possam ser proibidas e o §5, n.º 4 do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de proibição ou de dissolução de assembleias públicas pelas autoridades caso haja suspeita razoável de que infringem proibições atinentes ao discurso de ódio. A Lei Fundamental prevê no Artigo 9 (2) a possibilidade de proibir associações que violem a proibição de incitação ao ódio. O §4 (1) n.º. 1 do Ato de Licenciamento para Restaurantes e o Artigo 35 (1) do Ato do Comércio e da Indústria preveem a pena de suspensão dos negócios em casos de discurso de ódio e discriminação racial em estabelecimentos comerciais. O §1 do Ato a Respeito da Disseminação de Publicações de Risco à Juventude diz que todo material escrito que cause riscos de ordem moral a crianças e jovens deve ser incluído numa lista de circulação restrita. O Artigo 3 (1) do Acordo Interestadual de Radiodifusão proíbe a veiculação de programas televisivos que incitem o ódio contra partes da população ou contra grupos específicos por razão de nacionalidade, raça, religião, origem étnica ou que propague violência ou discriminação contra esses mesmos grupos ou que ataquem a dignidade humana de outrem por meio de insultos, ridicularizações maliciosas ou difamações de partes da população. O Ato das Forças Armadas também prevê sanções disciplinares para membros que façam uso de discurso de ódio, especialmente no que respeita a ideologia Nacional Socialista. O Código Civil Alemão no § 823 (2) combinado com os §§ 185 ss.. possibilita a condenação civil de várias condutas consideradas como discurso de ódio, que poderá estar consubstanciada em penas como compensação por danos morais, como no caso do § 847. Há ainda, em alguns casos, como no §11 do Ato de Imprensa §9 do Ato de Média de Baden-Württemberg, a previsão de direito de resposta.

¹⁰¹ BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, p. 6.

desenvolvimento da personalidade, o direito à igualdade perante a lei, a proteção da juventude, entre outros¹⁰².

A discussão a nível do direito interno europeu não pode ser resumida à discussão sobre a doutrina alemã, porém não é nosso intuito fazer uma investigação completa de direito comparado nessa área. Vale citar, no entanto, que a legislação dos Estados europeus sobre o discurso de ódio – embora talvez o caso mais proeminente nesse sentido seja o alemão – une-se maioritariamente em torno do consenso a respeito da possibilidade de regulação e de criminalização desse fenómeno. Mesmo nas mais diversas culturas político-jurídicas é possível encontrar dispositivos legais semelhantes em maior ou menor expressão, como por exemplo a França ou a Rússia¹⁰³. Certo é que o contexto do pós-guerra colocou a dignidade humana no centro das preocupações das sociedades europeias e no âmbito de proteção de uma série de tratados internacionais¹⁰⁴, tendo passado a surgir instrumentos legais com vista a erradicar o discurso de ódio.

O Conselho da Europa trabalhou intensamente essa questão e chegou a recomendar a criminalização do discurso de ódio por parte dos Estados membros¹⁰⁵. Também há um grande número de julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) sobre o tema, sobre os quais nos debruçaremos mais adiante. Certo é que é possível traçar um paralelo no que tange ao tratamento da questão do discurso de ódio em países europeus e pela legislação internacional, se não em relação às doutrinas aplicadas para a solução

¹⁰² BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, pp. 19 ss..

¹⁰³ O artigo 282 do Código Penal Russo prevê punições que vão de multa a prisão para a incitação do ódio, da hostilidade ou da humilhação que tenha por alvo a dignidade humana. O Código Penal Francês dispõe no seu Artigo R. 624-3 sobre a difamação individual ou coletiva de pessoas que pertençam ou não, de facto ou supostamente, a uma etnia, nação, raça, religião, género, orientação sexual ou que sejam portadores de alguma deficiência. Essas mesmas categorias são protegidas contra o insulto ou a incitação à discriminação nos Artigos R. 624-4 e R. 635-7 do mesmo diploma. Os Artigos 24, 32 e 33 da Lei de Liberdade de Imprensa também proíbem as mesmas figuras jurídicas, respetivamente, apenando-as de modo bastante inferior. O Ato 90-615 tornou ilegal negar, questionar ou diminuir crimes contra a humanidade.

¹⁰⁴ Por exemplo: UN General Assembly, *Prevention and punishment of the crime of genocide*, 9 December 1948, A/RES/260; UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations; UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations.

¹⁰⁵ Council of Europe, *Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech”* adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997; Conselho da Europa, *Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho*, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia.

das questões jurídicas, pela pouca tolerância com esse fenómeno¹⁰⁶. Não obstante a Convenção Europeia dos Direitos do Homem proteja a liberdade de expressão, esse direito encontra-se limitado a um exercício que implica em deveres e responsabilidades. Para além disso, existe a previsão de que contrariar o espírito da Convenção, em alguns casos, poderia levar à configuração de abuso de direito¹⁰⁷.

Neste sentido, a caso paradigmático do TEDH é *Handyside v. United Kingdom*¹⁰⁸, que ao julgar a possibilidade de limitação da liberdade de expressão por ofensa a valores morais, firmou o entendimento de que, ordinariamente e mesmo quando exercida na forma de palavras mais agressivas, a liberdade de expressão estaria sob a proteção da Convenção, reforçando a importância do direito à liberdade de expressão na sua relevância para o debate público numa sociedade democrática. Também nesse caso, inaugurou-se o que ficou conhecido como a doutrina da margem de apreciação, que define uma certa margem de discricionariedade por parte dos Estados para a limitação do direito à liberdade de expressão. O papel do TEDH nesses casos seria o de supervisionar a atuação dos Estados, dentro de uma análise de legitimidade da restrição à livre expressão – sempre exigido o seu embasamento em legislação –, a sua necessidade dentro de uma sociedade democrática e a sua proporcionalidade em sentido estrito (exercício no qual costumam ser levadas em conta as circunstâncias específicas do caso, tais como o conteúdo e a forma de expressão, o contexto, o seu impacto, entre outras). Sob a invocação dos deveres e responsabilidades que acompanham o normal exercício do direito,¹⁰⁹ o TEDH aproxima-se da jurisprudência da Corte alemã, ao sopesar diferentes direitos fundamentais e bens jurídicos com a liberdade de expressão.

¹⁰⁶ BRUGGER, Wiefried, *Op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁷ O Artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem coloca a possibilidade de restrição do direito à livre expressão, enquanto o Artigo 17 dispõe que “Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção”.

¹⁰⁸ *Handyside v United Kingdom*, no. 5493/72, 7th December 1976.

¹⁰⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia: incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH in Revista española de derecho constitucional*, Madrid, a.33 n.97 (Enero-Abril 2013), pp. 314 ss.; MCGONAGLE, Tarlach, *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, Expert paper for Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, Belgrade, 7-8 November 2001, pp. 31 ss..

Há, no entanto, outra vertente jurisprudencial na qual o TEDH acaba por excluir do âmbito de proteção do direito toda e qualquer manifestação de conteúdo antissemita ou que negue, diminua ou estabeleça graus de comparação históricos a respeito do Holocausto (ordinariamente chamados negacionismo e/ou revisionismo) ou que enalteçam o regime Nacional Socialista¹¹⁰. A tese principal a esse respeito é que esse tipo de discurso atinge a dignidade das vítimas e que incita discriminação e ódio contra a população de origem judia. Desse modo, ao considerar que essas manifestações contrariam os valores plasmados na Convenção, exclui-as do âmbito de proteção conferido à liberdade de expressão, na figura clássica da proibição do abuso de direito. Essa solução não é aplicada exclusivamente, mas sim maioritariamente para essas categorias e pode ser encontrada a sua aplicação em julgados sobre outras manifestações de cunho racista, baseando-se assim nos valores que subjazem à Convenção^{111 112}.

O TEDH só veio a pronunciar-se especificamente em relação ao termo “discurso de ódio” numa série de decisões, cuja primeira foi *Sürek v. Turkey*¹¹³. No contexto dessas decisões foi definido que apesar de se situarem no âmbito de proteção da liberdade de expressão mesmo manifestações de ideias ou informações que tenham o potencial de chocar, perturbar ou ofender, o que estaria ali em causa seria um discurso de ódio, de modo a adotar para esse tipo de discurso a vertente jurisprudencial inaugurada por *Handyside v. United Kingdom*, permitindo a ponderação da liberdade de expressão com diferentes direitos fundamentais e bens jurídicos, quando esse fenómeno estivesse em causa.

Apesar de ter passado a referir o termo “discurso de ódio” numa série de decisões, não há uma definição concreta a respeito do que isso vem a ser para a Corte. O que mais se aproxima de uma certa definição será a referência comumente feita a “todas as formas

¹¹⁰ *Pavel Ivanov v. Russia*, (dec.) No. 35222/04, 20 February 2007; *Garaudy v. France*, (dec) No. 65831/01, 24 June 2003, Reports 2003-IX; *H., W., P. and K. v. Austria*, (dec) No. 12774/87, 12 October 1989.

¹¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. cit.*, pp. 314 e ss.; MCGONAGLE, Tarlach, *Op. cit.*, pp. 10-11.

¹¹² Exemplo de aplicação dessa solução para manifestações racistas pode ser encontrado em *Seurot v. France*, (dec.), No. 57383/00, 18 May 2004.

¹¹³ *Sürek v. Turkey* (No. 1), No. 26682/95, 8 July 1999; *Sürek & Özdemir v. Turkey*, Nos. 23927/94 & 24277/94, 8 July 1999; *Sürek v. Turkey* (No. 4), No. 24762/94, 8 July 1999 e *Erdogdu & Ince v. Turkey*, Nos. 25067/94 and 25068/94, 8 July 1999.

de expressão que difundam, incitem, promovam ou justifiquem ódio baseado em intolerância (incluída a intolerância religiosa)”¹¹⁴, numa clara referência à definição utilizada pelos órgãos do Conselho da Europa¹¹⁵. Após essa definição, o TEDH passou a reconhecer uma série de condutas que poderiam ser consideradas como discurso de ódio e, portanto, excluídas da proteção da Convenção. São exemplos não apenas os já citados negacionismo e/ou revisionismo, o discurso de ódio étnico e de ódio racial, mas também o discurso de ódio religioso¹¹⁶, o discurso que ameaça a ordem democrática¹¹⁷, a apologia à violência e/ou incitamento à hostilidade¹¹⁸, o discurso de ódio homofóbico¹¹⁹ e a apologia ao terrorismo¹²⁰.

O TEDH coloca assim os bens jurídicos afetados pelo discurso de ódio e a liberdade de expressão no mesmo patamar, sendo necessária a sua ponderação no caso concreto para que se chegue a uma decisão de precedência de um sobre o outro. A dignidade humana também passou a ser referida pela jurisprudência do TEDH nos casos de discurso de ódio, tendo sido uma referência desse pronunciamento o caso *Erkban v. Turkey*¹²¹, no qual ficou definido que subjaz à Convenção a ideia de respeito e tolerância pela igual dignidade de todos os seres humanos, seguindo-se, contudo, sempre a ideia de sopesar esse princípio com os demais explícitos na Convenção, em cada caso concreto, e mantendo-se o respeito pela doutrina da margem de apreciação, de modo a não se sobrepor aos julgados das cortes dos Estados.

Das “categorias” de discurso de ódio acima elencadas também podemos perceber que o TEDH passou a considerar o discurso de ódio como um tipo de discurso antidemocrático, especialmente quando imbricado com o discurso político. Com a emergência desse entendimento e com a tomada de posição para o efetivo banimento de partidos políticos considerados antidemocráticos ou totalitários, a Corte passa a desenvolver diferentes

¹¹⁴ *Gündüz v. Turkey*, No. 35071/97, para. 40, 14 JUNE 2004, CEDH 2003-XI e *Erbakan v. Turkey*, No. 59405/00, para. 56, 6 July 2006.

¹¹⁵ Council of Europe, *Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech”* adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997.

¹¹⁶ *Norwood v. United Kingdom*, (dec.) No. 23131/03, 16 November 2004, Reports 2004-XI.

¹¹⁷ *Communist Party of Germany v. the Federal Republic of Germany*, (dec.) 250/57, 20 July 1957.

¹¹⁸ *Sürek v. Turkey* (No. 1), No. 26682/95, 8 July 1999.

¹¹⁹ *Vedjeland and Others v Sweden*, No. 1813/07, 9 May 2012.

¹²⁰ *Leroy v. France*, No. 36109/03, 2 October 2008.

¹²¹ *Erbakan v. Turkey*, No. 59405/00, 6 July 2006, § 56.

doutrinas para avaliar o risco que representam as atividades partidárias para essas sociedades (o perigo presumido, o perigo simbólico, o perigo potencial e o perigo concreto e iminente), de modo a restringir efetivamente o direito à livre associação em alguns desses casos. Desse modo, é possível perceber que quando estiver em causa a liberdade de associação, ou especificamente na figura dos partidos políticos, ainda é possível encontrar outras vertentes jurisprudenciais sobre o discurso de ódio no TEDH¹²²¹²³.

3.2. Perspetivas

As perspetivas americana e europeia – com destaque à doutrina alemã – são bastante diversas no que concerne ao tratamento do discurso de ódio. É possível verificar que enquanto a doutrina americana é maioritariamente refratária à ideia de qualquer regulação que imponha restrições à liberdade de expressão, a doutrina europeia, de um modo geral, não só restringe esse direito – sob teorias que possibilitam reconhecer a necessidade de ponderação da liberdade de expressão com outros princípios jurídicos, direitos fundamentais ou bens jurídicos – como também conta com uma considerável malha de dispositivos legais que visam sancionar ou reparar os eventuais excessos no seu exercício.

De algum modo, é possível perceber na doutrina americana uma visão dos direitos de liberdade fortemente calcados numa ideologia liberal clássica, que propugna uma desregulação da esfera pública. Desse ponto de vista, a liberdade de expressão é vista sob a perspetiva da dissidência, que sendo muitas vezes reprimida acaba por sufragar e encontrar o seu espaço¹²⁴. Não é difícil perceber que a sociedade americana tem no valor da liberdade um dos mais importantes elementos da formação da sua identidade nacional. Enquanto a Europa foi persistentemente assolada por perseguições religiosas, guerras e extermínios em massa, os Estados Unidos da América permaneceram por séculos como destino para os refugiados que buscavam reconstruir as suas vidas e vivê-

¹²² ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. cit.*, pp. 332 ss..

¹²³ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC] Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 13 February 2003.

¹²⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Víctimas y disidentes: el discurso del odio en EE.UU. y Europa* in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a.35 n.103 (enero-abril 2015), p. 80.

las de acordo com as suas convicções. A fórmula encontrada pela sociedade americana para possibilitar a convivência desses povos teria sido permitir a máxima autonomia privada e pública de cada indivíduo.

Já as sociedades europeias, muitas delas destruídas por esses mesmos eventos que espoletaram ondas migratórias massivas para o continente americano – em especial para os Estados Unidos da América –, e pela memória desses acontecimentos, acabou por desvestir a liberdade de expressão de um caráter essencialmente positivo, reconhecendo no seu exercício a possibilidade de se dar gênese à catástrofe. Desse ponto de vista, as sociedades europeias passam a ver esse direito sob a perspectiva das vítimas de crimes contra a humanidade, que horrorizaram não apenas o continente, mas o mundo todo, sendo que o Holocausto terá tido um papel fundamental nessa construção arquetípica europeia¹²⁵.

Neste contexto, o valor da dignidade humana ganhará projeção, passando a protagonizar o discurso político e a permear a cultura jurídica desses países. Essa rotura com o dogma da liberdade acima de todos os direitos, próprio das sociedades liberais, apresenta uma alternativa coletivista para o modelo hegemónico nos Estados Unidos da América. De facto, há uma discussão de fundo que opõe a supremacia de valores individualistas à supremacia de valores coletivistas¹²⁶.

Embora não se possa conceber que o debate se resuma a essa oposição, é forçoso admitir que o combate ao discurso de ódio tem na sua *alma mater* o escopo de combater a desigualdade estrutural de sociedades hierarquizadas e que se servem do estigma para perpetuar essas estruturas, sob um argumento identitário ao qual subjaz uma ideia de supremacia social. Esse combate, no entanto, deve ser feito de modo a que não se calem as dissidências políticas que contribuem de maneira saudável para o debate político nas sociedades democráticas. As duas perspetivas estudadas não são apenas válidas do ponto de vista da cultura político-jurídica da qual fazem parte, são também lições que podem e devem influenciar outros ordenamentos jurídicos.

¹²⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. cit.*, p. 77.

¹²⁶ SCHAUER, Frederick, *The Exceptional First Amendment*, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2005, pp. 22-23.

3.3. O cenário sociopolítico ocidental e a necessária atualização do tema

As lições aprendidas pelo ocidente, sobretudo pelas sociedades europeias, em matéria de discurso de ódio e liberdade de expressão foram capazes de criar uma malha de proteção legal com vista a erradicá-lo. Apesar do tímido início dessa mudança de paradigma em relação ao discurso de ódio no continente europeu, a discussão jurídica evoluiu para diversas áreas do Direito, de modo a tornar possível uma regulação bastante abrangente. Na outra ponta da discussão, nos Estados Unidos da América, o dogma da liberdade como valor supremo do ordenamento jurídico ainda parece estar longe de ser destruído.

É possível notar, no entanto, que a evolução do cenário sociopolítico no ocidente tem apresentado uma série de “factos novos”, que colocam em xeque algumas das ideias mais assentes nas doutrinas apresentadas. Se por um lado a emergência desse novo cenário desafia o Direito, por outro é bem possível encontrar nessas dinâmicas as mesmas velhas problemáticas que deram azo à sua evolução. O ponto fulcral da discussão que propomos reside na dimensão da eficácia do tratamento legal no que concerne ao discurso de ódio, tanto sob a doutrina norte-americana, quanto sob a doutrina europeia, e das realidades sociopolíticas atuais dessas sociedades.

Pode considerar-se que nos últimos anos tem ocorrido uma ascensão de ideias extremistas no campo das ideologias políticas, o que se encontra relacionado com alguma doutrina reacionária¹²⁷, que propugna desde um isolacionismo num mundo globalizado até retrocessos em matéria de direitos humanos. Para Bauman, o fracasso das utopias do século XX, como a fé no progresso da humanidade e na tecnologia, com a ascensão dos regimes totalitários e a descrença no comunismo – após a queda do muro de Berlin –, trouxe-nos uma visão distópica do futuro, na qual o medo substituiu a esperança. Nessa nova realidade líquida e incerta, passamos a voltar-nos para o passado de modo nostálgico, fenómeno ao qual se dá o nome de “retrotopia”. O autor identifica, então, o choque entre essa nostalgia ideológica e as novas realidades sociais do século XXI – com a emergência do cosmopolitismo, por exemplo. Essa combinação de eventos

¹²⁷ Ver diferença entre conservadorismo e doutrinas reacionárias, em BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Op. cit.*, pp. 243 e ss..

estaria a trazer-nos ao cenário hobbesiano da “guerra de todos contra todos”, onde seria novamente necessário um Estado forte para regular as relações sociais¹²⁸.

Não é de modo nenhum nosso propósito fazer uma crítica específica em relação ao conteúdo dessas ideias reacionárias – ou revolucionárias, dependendo da perspectiva – e de um modo geral deveremos considerar para fins desse estudo que toda e qualquer posição política possua apriorística legitimidade. É, no entanto, necessária alguma análise em relação aos possíveis efeitos dos discursos que propagam essas ideias, conforme se verificará mais adiante. É um facto que em muitos desses discursos ideológicos se tem verificado algum grau de identificação com o que se convencionou chamar discurso de ódio. Se as ideias de cunho racista, xenófobo, misógino, homofóbico, enfim, as ideias incitadoras de ódio, não são de modo algum uma novidade nessas sociedades, a sua popularidade acompanhada de uma grande projeção política é algo notável e tem trazido novamente à discussão a temática da liberdade de expressão e dos seus limites.

Também se considera que algumas dessas ideias ganharam uma nova tónica no debate atual e, se não são novas, foram reinventadas e passaram a ganhar o centro do debate público, trazendo a reboque a discussão do discurso de ódio. Os motivos dessa dinâmica emergente poderão ser desde uma maior incidência desse tipo de discurso – ou de um maior grau de denúncia da sua ocorrência – até um maior grau de politização das sociedades em relação ao tema que poderá ter levado a uma maior atenção da comunicação social. O facto incontestado, no entanto, é que terá havido nas últimas décadas uma maior atenção em relação a esse tema por parte de diversas sociedades¹²⁹. Some-se a isso o facto de que boa parte do debate público na atualidade se dá na internet, notadamente pelos *media* sociais, que ainda não se encontra totalmente regulada do ponto de vista do discurso de ódio e que, como é notório, tem uma abrangência quase global¹³⁰.

¹²⁸ BAUMAN, Zygmunt, *Retrotopia*, First published, Cambridge, UK Malden, MA: Polity, 2017. Chapter 1: Back to Hobbes?

¹²⁹ SCHAUER, Frederick, The Sociology of the Hate Speech Debate, *Villanova Law Review*, 1992, 37.4, pp. 811-812.

¹³⁰ Apenas muito recentemente países como a Alemanha têm adotado legislação nesse sentido (cf. See Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG, 14 de março de 2017).

Nesse contexto, é bem difícil estar completamente de acordo com Mill, por exemplo, e considerar que todas as ideias são importantes para o debate político e que a sociedade irá “filtrar” essas ideias com base na sua veracidade ou falsidade. Nem se considere a problemática que é já em si conceituar o que é verdadeiro ou falso do ponto de vista moral, sobretudo em sociedades multiculturais¹³¹. De certo modo, é importante analisar na prática no que a doutrina do *marketplace of ideas* pode redundar: A experiência das eleições presidenciais americanas de 2016 demonstraram uma sociedade bastante suscetível a discursos extremistas, incapaz de distinguir os factoides que circulam pelos *media* sociais de factos jornalísticos¹³². Várias organizações da sociedade civil passaram a relacionar durante o processo eleitoral a propagação dessas ideias com a explosão do registo de crimes motivados por ódio nos Estados Unidos da América¹³³.

Um discurso político notoriamente baseado em ódio racial, misoginia e ofensivo a pessoas com deficiência física, sendo um discurso que reforça o estigma social nas suas mais variadas formas, foi capaz de sufragar nas eleições presidenciais norte-americanas e tornar-se o discurso político hegemónico. Mesmo que enfrente – como tem enfrentado – grande resistência da sociedade norte-americana e das suas instituições democráticas, é possível afirmar que esse discurso foi legitimado pelo processo eleitoral, de modo que se pôde acompanhar o desenvolvimento das suas consequências a nível da hostilidade e da tensão social criada com minorias muçulmanas ou judias, por exemplo. Será essa a ideia de sociedade bem ordenada em Rawls? Será esse o preço que Dworkin acredita que a sociedade norte-americana deva pagar pela democracia? Quantos crimes de ódio serão necessários para que se assuma que o dano do discurso de ódio é presumível?

No continente europeu a situação não é muito diferente. A despeito da pouca tolerância com o discurso de ódio por parte do TEDH e da farta legislação dos Estados que regulam e criminalizam muitas das condutas compreendidas na concetualização desse fenómeno,

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, pp. 379-380.

¹³² Estudos sobre as eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos da América demonstram que nos *media* sociais há prevalência de circulação de factoides e que é através desses veículos que a maior parte dos americanos adultos busca informação sobre política (cf. ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social media and fake news in the 2016 election* in *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 31, n.º 2, 2017, pp. 232 e ss.)

¹³³ Ver, por exemplo: LEVIN, Brian, *Special Status Report: Hate Crimes Rise in Most American Localities in 2016*, San Bernardino, CA: Center for the Study on Hate and Extremism, 2017.

no plano nacional e internacional, a propagação de ideias de intolerância também tem crescido¹³⁴. Afora toda a problemática especificamente sociológica que deu azo a essas ondas de intolerância, facto é que a abordagem reguladora da qual a maior parte dos países europeus se tem servido para tratar a questão tem revelado falhas. Em relação às normas penais, fala-se da pouca efetividade do seu carácter preventivo, tanto geral como especial, que em alguns casos chegam a dar aos condenados maior publicidade e até passam a traduzir-se numa martirização, o que acaba por provocar um efeito potenciador dessas ideias entre os seus simpatizantes¹³⁵. Outra crítica comumente feita é a de que a criação de exceções à liberdade de expressão seria muitas vezes manejada pelo Estado, ou até mesmo por grupos dominantes, de modo a utilizar essas leis contra as militâncias que lutam pela desestigmatização de grupos minoritários¹³⁶. O próprio Conselho da Europa já se pronunciou a respeito da necessidade de revisão da abordagem focada essencialmente na criminalização, defendendo medidas alternativas como, por exemplo, a promoção da autorregulação em instituições públicas e privadas¹³⁷.

Também é possível verificar que no continente europeu há um crescer de popularidade de ideias de intolerância, com grande projecção na representação política. Neste sentido, muitos analisas apontam que o populismo talvez seja uma das principais causas da ascensão do ódio como estratégia política, em sociedades cada vez mais divididas¹³⁸. Esse discurso de ódio profundamente imbricado com o discurso político em sociedades abertas mostrou-se de extrema nocividade, sendo certo que os mecanismos de monitorização de crimes de ódio têm registado uma elevação da sua ocorrência, especialmente em períodos de campanha política. Cite-se, por exemplo, a onda racista, xenófoba e islamófoba na qual redundou a campanha do referendo a respeito da saída

¹³⁴ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, pp. 19 e ss.

¹³⁵ Um recente exemplo ocorreu nas eleições gerais nos Países Baixos, nas quais o candidato Geert Wilders registou uma subida nas pesquisas após a sua condenação por incitação ao ódio contra minorias marroquinas (cf. *The Guardian*, “Far-right party still leading in Dutch polls, despite leader’s criminal guilt”, 10 de dezembro de 2016).

¹³⁶ RICHARDS, David A. J., *Free Speech and the Politics of Identity*, New York: Oxford University Press, 1999, pp. 172 ss.

¹³⁷ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 4

¹³⁸ GREVEN, Thomas. *The rise of right-wing populism in Europe and the United States*, Freidrich Ebert Stiftung, 2016, p. 2 (disponível em http://www.fesdc.org/fileadmin/user_upload/publications/RightwingPopulism.pdf)

do Reino Unido da União Europeia¹³⁹. Neste sentido, a jurisprudência do TEDH que, no que toca ao discurso de ódio, trata de maneira mais branda os partidos políticos do que atitudes individuais merece revisão.

Outro ponto importante é o tratamento dos temas relativos ao Holocausto (revisionismo ou negacionismo) como verdadeiros tabus pela jurisprudência do TEDH, enquanto as outras “categorias” de discurso de ódio são tratadas com um acréscimo considerável de tolerância¹⁴⁰. Se é verdade que historicamente o Holocausto cumpre um papel de dar a génese à doutrina reguladora do discurso de ódio por parte do TEDH e de outras cortes dos Estados europeus, por outro lado é importante verificar que os grupos estigmatizados nas sociedades não são estanques e que não se pode de modo algum “hierarquizar” categorias, sendo imperiosa a igualdade de tratamento quando identificados como grupos vulneráveis.

Se por um lado o Conselho da Europa tem recomendado a diversificação da abordagem jurídica ao tratar o discurso de ódio, por outro também tem aumentado o leque de condutas que podem ser consideradas como parte do fenómeno¹⁴¹, de modo que tende a impor-se a transversalidade do tema a diversas áreas do direito e o seu consequente tratamento por um ferramental jurídico mais diverso, na medida da gradação dos efeitos danosos identificados por essas condutas e das diferentes regras e princípios que balizam essa atuação nas mais diferentes áreas. Essa gradação deverá ser feita tendo por base critérios de ponderação que levem em consideração o grau de afetação de outros direitos fundamentais e, quando não houver direito fundamental envolvido, a criação de regras que visem demarcar os limites da liberdade de expressão e as consequências jurídicas em caso do seu descumprimento.

¹³⁹ *Hate Crimes England and Wales 2015/16* (disponível em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/559319/hate-crime-1516-hosb1116.pdf)

¹⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia: incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH* in Revista española de derecho consitucional, Madrid, a.33n.97 (Enero-Abril 2013), pp. 338 ss.

¹⁴¹ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 4.

4. A regulação do discurso de ódio

Entre os pontos de vista apresentados e as críticas quanto à legitimidade e à eficácia das normas que regulem o discurso de ódio, optaremos por orienta-nos por uma perspectiva que considera essencial à democracia a proteção dos seus valores fundamentais e, porquanto seja legítima a intervenção do Estado na regulação das relações sociais¹⁴², também será necessário restringir a liberdade de expressão, na medida em que o seu exercício se revelar danoso a bens jurídicos de relevo no ordenamento jurídico, sobretudo direitos fundamentais de terceiros. Essa restrição deverá sempre mostrar-se proporcional ao fim pretendido.

Um ponto importante é que interpretar o direito de modo a revelar a proibição de certo exercício da liberdade de expressão, neste caso, tem uma finalidade argumentativa que se revela, na nossa concepção, superior à finalidade sancionatória específica em cada caso, ao considerar-se que a norma terá um efeito de conformação social baseado na sua legitimidade – ou uma ideia de que é justa – e que será capaz de dar azo o seu cumprimento espontâneo, e que independa da possibilidade de coerção psicológica¹⁴³, pelo temor da aplicação de uma sanção. Assim sendo, muita dessa interpretação deverá servir de base para definir noções axiológicas relativamente ao “bem comum” dessas sociedades, muito antes de se apresentar como uma norma reguladora que tenha por finalidade repor danos ou punir os infratores.

Neste sentido, interpretações que definam que a liberdade de expressão se sobreponha a direitos fundamentais de terceiros, sem uma análise mais aprofundada, mostra-se nociva a uma sociedade que se queira reger por um conjunto de princípios que aqui consideramos essenciais à democracia. No entanto, se por um lado esse efeito social é esperado e deverá pautar essas interpretações *a priori*, por outro certamente haverá alguma regulação eficaz, no sentido de mitigar os efeitos nocivos do discurso de ódio na sociedade, que não redunde em excessos de censura ou de perseguições ideológicas. Há, portanto, dois pontos extremos que devem ser evitados a todo custo, aquele que liberta completamente o exercício do direito e aquele que permite o manear da exceção criada

¹⁴² POPPER, Karl, *The open society and its enemies*, London: Routledge, 1947, p. 109.

a esse direito para finalidade diversa daquela que é proteger os valores inerentes às democracias. Essa perspectiva é evidentemente necessária, na medida em que se observa uma tendência, em muitos casos, a uma má utilização desse tipo de ferramental jurídico, quando Estados passam a criminalizar certas posições políticas e a sufocar dissidências¹⁴⁴.

Portanto, é de se considerar que uma infinidade de condutas não permitidas poderá não estar devidamente regradada sob um ponto de vista mais estrito. É neste sentido que entendemos que a legislação a esse respeito deva levar em consideração a possível agressão a direitos fundamentais diversos, de modo a tornar clara a interpretação de que o direito à livre expressão estará sujeito a limitações de natureza de princípios, ainda que não se atribua nenhuma sanção específica no caso do seu desrespeito ou ainda que essas normas não sejam prescritivas. É possível inferir que, nesses casos, o que se convencionou chamar de legislação simbólica terá um caráter de afirmação de valores dentro da ordem jurídico-política, em detrimento do seu caráter instrumental¹⁴⁵.

Não propomos que a legislação que trata do discurso de ódio seja predominantemente simbólica, mas reconhecemos nessa dimensão da norma uma importância vital no combate a esse discurso, na medida em que o direito possa dialogar com os valores a serem preservados pela ordem jurídica, de modo a que essa legislação possua alguma eficácia social. É neste sentido que entendemos que, no âmbito da proibição normativa, pelo reconhecimento da violação de um princípio em proporções que não encontrem no direito uma resposta sancionadora eficazmente válida, deverá ser reconhecido que a sanção é inadequada. Essa inadequação sancionatória não torna a conduta permitida, mas apenas reconhece que há inadequação entre meio e fim em relação a uma consequência jurídica.

¹⁴⁴ Temos exemplos desse tipo de utilização, especialmente quando se alarga o conceito de discurso de ódio, como se pode verificar no conceito do “discurso extremo” da legislação russa (Cf. DOBRYAKOVA, Natalia, *Hate speech in Russian Legislation and the responsibility of the internet service providers*, disponível em <https://www.law.uw.edu/media/1393/russia-intermediary-liability-of-isps-hate-speech.pdf>)

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 23 ss.

É nesse sentido que apresentaremos, portanto, uma proposta de abordagem regulatória para o discurso de ódio, que deverá reafirmar os princípios constitucionais e concomitantemente apresentar soluções, sancionatórias ou não, dependendo dos resultados dos testes aos quais estará submetida por uma lógica de ponderação abstrata própria e necessária à restrição de direitos fundamentais, como é o caso da liberdade de expressão. A nossa principal preocupação aqui é com a produção dos efeitos materiais da norma, pois é com a quebra dos ciclos de ódio social que se alimentem da discursiva que pretendemos regular.

Com esse objetivo estruturaremos este último capítulo, de modo a apresentar concretamente quais as condutas (ou grupos de condutas) que podem ser considerados discurso de ódio. Após, realizaremos uma análise das consequências potenciais dessas condutas, dentro de uma lógica de maximização de possibilidades, de modo a identificar quais os bens jurídicos ou os direitos fundamentais que estarão em causa em cada uma delas. Ao estabelecer os conflitos normativos, definiremos formas de solução para esses conflitos, sendo que corriqueiramente deveremos recorrer a uma ponderação no caso de conflitos entre direitos fundamentais e/ou princípios jurídicos.

Nesse sentido, tentaremos explorar parte das soluções normativas encontradas em ordenamentos jurídicos diversos e realizar uma análise de ponderação em cada uma delas, argumentar pela sua (in)eficiência em sentido material e apresentar alguns casos específicos de aplicação desses dispositivos, sob o ponto de vista da abordagem que propusemos nos capítulos anteriores.

4.1 A gama de condutas que podem vir a caracterizar-se como discurso de ódio

A acompanhar a complexidade – tanto concetual como das consequências sociais – do discurso de ódio, definir de modo mais preciso as condutas que podem vir a caracterizá-lo também não é uma tarefa simples. É importante recordar algumas considerações feitas ao longo desse trabalho, as quais serão certamente aprofundadas e repetidas ao longo dos próximos tópicos, conforme o tema seja abordado em diferentes aspetos.

A primeira dessas noções é a conceptualização do discurso de ódio como discurso que agride a dignidade da pessoa humana, na medida em que promove, justifica, incita ou

difunde a noção de que nem todos os seres humanos são iguais em direitos, o que traz consequências imediatas a nível da integridade moral das vítimas. A segunda noção é que esse discurso tem consequências a nível social e tem potencialidade de minar a confiança de que todos os membros da sociedade são iguais em direitos, o que dá azo a comportamentos discriminatórios e a violência real contra esses indivíduos por parte de outros indivíduos. A terceira noção é de que esse dano só será potencialmente efetivo se esse discurso tiver como vítimas membros de grupos estigmatizados nessas sociedades, sendo que essas categorias não são estanques e variam em diferentes sociedades e momentos históricos. A quarta é que o discurso de ódio não pode atingir um único indivíduo, ainda que membro de um grupo estigmatizado, pois a ofensa individual é um sintoma da estigmatização coletiva (que se quer combater) e a estigmatização de um único indivíduo não é possível dentro do conceito apresentado. A quinta noção é que o discurso de ódio, ao minar a confiança na igual dignidade de todos os indivíduos, também acaba por atingir valores sociais partilhados, sobretudo a ordem pública e a paz social, o que relacionamos com uma dimensão social da dignidade humana. A sexta noção é de que o discurso de ódio é antidemocrático, na medida em que tende a subverter os valores sociais comumente partilhados numa democrática e promover um bem público alternativo. A sétima noção é a de que o discurso de ódio enquanto discurso político é especialmente perigoso para a democracia, na medida em que tende a institucionalizar um bem público alternativo, fenómeno que identificamos como um segundo nível da problemática.

Entendemos que, com base nessas noções e em conjunto com a análise dos instrumentos normativos estudados¹⁴⁶, poderemos formar uma espécie de espectro que considere – na sua considerável amplitude – a gama de condutas que possam ser caracterizadas como discurso de ódio, e fazer as necessárias delimitações no sentido de criar um recorte do que vêm a ser exatamente. A primeira delimitação que deve ser feita é que toda e qualquer conduta que se possa considerar discurso de ódio terá a ver necessariamente com discurso, ou seja, com a expressão de ideias. Isso cria *per se* uma delimitação negativa no que diz respeito a convicções pessoais, a atitudes discriminatórias ou a

¹⁴⁶ Afora os já citados instrumentos legais, também referimos em especial a recente recomendação do ECRI no combate ao discurso de ódio (cf. ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe)

violência real. No foro íntimo, as convicções de cada indivíduo devem ser preservadas¹⁴⁷, pelo simples facto de não serem discurso, ou seja, de não comunicarem uma ideia. Neste sentido, qualquer regulamentação que propusermos não terá por finalidade impor uma convicção, o pensamento permanece livre e protegido pela liberdade de consciência. As ideologias nocivas às sociedades devem ser assim derrotadas através de um debate racional, não sendo possível impor que alguém adote uma ideia – ou deixe de adotá-la – porque a lei assim o determina¹⁴⁸. Entendemos que essa expressão possa ser realizada por meio de gestos, imagens, sinais, símbolos, pinturas, música, peças de teatro ou vídeos, que podem ser difundidos em público, privado ou por quaisquer meios dos *media* sociais ou não¹⁴⁹.

As atitudes discriminatórias baseadas em estigma, por sua vez, na medida em que sejam relevantes para o direito, deverão ser reguladas da mesma forma que o discurso de ódio. Entendemos, no entanto, que a discriminação (formal ou material) não é discurso, não é expressão de ideias, mas sim uma variável que se interrelaciona com o fenómeno do discurso de ódio e que, por isso, deverá ser excluída desse estudo. É algo comum encontrar instrumentos normativos que tragam no seu bojo dispositivos de lei que visem regular tanto essas discriminações como o discurso de ódio; o debate a respeito do tema não pode confundi-las, mesmo porque a regulamentação que pretende erradicar a discriminação formal ou material é *quicá* mais complexa e terá outra base de princípios.

Já a violência real (a agressão física) é objeto do Direito em qualquer sociedade ocidental¹⁵⁰, sendo que os seus contornos serão certamente definidos de diferentes modos, porquanto a agressão física seja normalmente descrita em tipos penais. Nesse sentido, e no sentido de que também não é discurso, mas que poderá ser motivada por estigma, entendemos que exista a necessidade de se estudar as motivações desses crimes, de modo a que possam ser criadas agravantes nos casos de crimes de ódio¹⁵¹. Isso

¹⁴⁷ WEBER, Anne, *Op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁸ WALDRON, J, *Op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁹ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech, Adopted on 8 december 2015*, Council of Europe, p. 17.

¹⁵⁰ Não temos notícia de ordenamento jurídico que não criminalize a ofensa à integridade física.

¹⁵¹ O ECRI recomenda sistematicamente a adoção de dispositivos de lei que tornem a motivação de ódio uma circunstância agravante em crimes comuns, como pode ser observado nos relatórios de monitorização realizados em diversos países que não possuíam esse tipo de dispositivo (ver, por exemplo: ECRI, *Report on Portugal (fourth monitoring cycle)*, Adopted on 8 december

justifica-se pelo facto de que é comum verificar que, em razão da sua vulnerabilidade, os grupos estigmatizados estarão mais sujeitos à violência e essas agressões poderão ter repercussões sociais diferentes, pelo que merecem uma resposta diversa do Direito. Entendemos também que essa resposta não deverá ser na forma de tipos penais específicos, uma tendência que se tem observado em alguns ordenamentos jurídicos¹⁵², já que o bem jurídico tutelado será o direito fundamental à vida e à integridade física (a depender do caso concreto) o que tornaria esses novos tipos penais meramente tautológicos, à parte do seu significado simbólico.

A segunda delimitação parte de uma diferenciação entre insulto e difamação¹⁵³. Para fins do nosso estudo, o insulto é a expressão que choca, ofende ou perturba um indivíduo ou grupo, recorrentemente referido em decisões do TEDH como um tipo de expressão que está albergada pela proteção da liberdade de expressão¹⁵⁴. Já a difamação é aquela que tem por escopo afetar a reputação da pessoa ou grupo de pessoas, podendo ser expressada em forma de declarações públicas ou privadas. Só nos interessará aqui, no entanto, a difamação que tenha por conteúdo uma generalização que atribua a esse grupo ou a essa pessoa uma característica negativa associada a um estereótipo, sendo esse o elemento identificador dessas expressões¹⁵⁵. O que queremos dizer é que insultar um indivíduo por motivação de ódio não é o mesmo que difamar uma pessoa ou um grupo de pessoas com base num estigma. As declarações que tenham conteúdo que se possa afirmar serem de ódio serão tendencialmente insultuosas, porém nem todos os insultos, ainda que dirigidos a um grupo estigmatizado, podem ser considerados como discurso de ódio. Aqui vale um juízo de preponderância: se a declaração for dirigida contra um grupo de pessoas e puder ser interpretada como uma associação de características negativas que se atribuam a esse grupo estigmatizado, deverá ser considerada discurso de ódio, se a estigmatização for apenas um elemento motivador da ofensa, tratar-se-á de

2015, Council of Europe Adopted on 21 March 2013, Published on 9 July 2013 e ECRI, *Report on Hungary (fifth monitoring cycle)*, Adopted on 19 March 2015 Published on 9 June 2015).

¹⁵² Um exemplo é o tipo penal do chamado crime de “feminicídio” ou “femicídio”, adotado recentemente no Brasil, pela Lei 13.104/2015; no Chile, pela Lei 20.480/2010; na Costa Rica, pela Lei nº. 8.589/2007 e em muitos outros países latino-americanos.

¹⁵³ A diferenciação aqui realizada é própria, a não ser embasada em diferenciações geralmente feitas entre o insulto (ou injúria) e a difamação pelo Direito Penal.

¹⁵⁴ Otegi Mondragon v. Spain, 35943/10, 15 March 2011.

¹⁵⁵ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 38.

um simples insulto. A expressão insultuosa motivada por estigma – ou por ódio – certamente poderá ser objeto de regulação, da mesma forma que já argumentámos a respeito dos crimes de ódio. O mais das vezes, o insulto é objeto da legislação penal nos mais diversos ordenamentos jurídicos¹⁵⁶, assim como a difamação. Adotámos uma perspetiva semelhante no tocante à ameaça, ao entender que quando baseada em estigma revelar-se-á como um sintoma de estigmatização e não deve ser considerado discurso de ódio.

O conteúdo dessa expressão pode ser definido, então, como discurso de ódio quando advogar, promover ou incitar o ódio de modo a depreciar uma pessoa, ou grupos de pessoas, com base em estereótipos negativos¹⁵⁷. É importante relembrar que do ponto de vista de várias doutrinas, em especial a do TEDH, o discurso de ódio também poderá ser a negação, justificação ou apologia aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, na forma como definidos nos instrumentos internacionais, bem como a glorificação de indivíduos que os cometeram¹⁵⁸. Essa perspetiva parece estar ancorada no conceito da apologia dessas condutas, que são sempre reconhecidas como criminosas e que são motivadas pelos mesmos discursos que aqui tratamos. Entretanto e, conforme já reconhecido pela jurisprudência do TEDH, esse discurso terá de ter o potencial de elevar a hostilidade contra um grupo específico dessas sociedades para que se justifique alguma restrição à liberdade de expressão, o que impede maiores universalizações¹⁵⁹.

4.2. A ponderação como modo de determinar permissão, proibição e criminalização

Adotaremos então um modelo de ponderação para verificar em que medida se justifica a restrição à liberdade de expressão aquando do discurso de ódio, bem como para balizar possibilidades de reparação e/ou punição, no caso dessas condutas serem perpetradas. Inicialmente será necessário definir quais os bens jurídicos afetados, estabelecer um máximo e um mínimo em abstrato para essa lesão e estudar possíveis consequências jurídicas. Esse modelo adotado levará em consideração que a dignidade humana seja um

¹⁵⁶ Exceções feitas na Europa ao Reino Unido, Irlanda, Noruega, Estónia, Roménia, Montenegro, Macedónia e Chipre (*Defamation Laws in Europe 2016-2017*, disponível em <http://legaldatabase.freemedia.at/defamation-laws-in-europe/>)

¹⁵⁷ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 1.

¹⁵⁸ *Honsik v Austria*, No. 25062/94, 18 October 1995.

¹⁵⁹ *Perinçek v Switzerland* [GC], No. 27510/08, 15 October 2015.

princípio de direito e não um direito fundamental autonomizado e que os direitos fundamentais invocados estejam num mesmo “patamar”.

Conforme já inferimos, percebemos que advogar, promover ou incitar o ódio de forma a depreciar a reputação de uma pessoa (ou um grupo) com base em estereótipos é, à partida, parte de um exercício da liberdade de expressão que se choca diretamente com o direito à integridade moral¹⁶⁰, no seu aspeto de integridade mental (pelos potenciais efeitos danosos ao psiquismo do alvo especificamente) e ao direito à honra (pelos danos causados especificamente à sua reputação). Entendemos aqui o direito à honra e à imagem como sendo compreendido pelo direito à privacidade dos indivíduos¹⁶¹. Esses conflitos entre liberdade de expressão e integridade mental e honra são aqueles aos quais já nos referimos como simples insultos ou difamações, criminalizados na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, o discurso de ódio não se resume a esse conflito, no entanto, no seu caso em específico, sabe-se que se trata de um discurso que tem o potencial de minar a confiança de que todos os indivíduos são iguais em direitos, o que apontamos ter por base o princípio da dignidade humana. Esta afirmação terá duas consequências para a ponderação do conflito que se estabelecerá no caso do discurso de ódio. A primeira será definir se na parte do conflito com a dignidade humana, estarão em causa outros direitos fundamentais. Explique-se, num caso hipotético, um discurso que tenha por conteúdo uma simples associação negativa que reforce um estigma, no qual não esteja explícito ou implícito que a determinado grupo ou pessoa seja negado um direito específico. Nesse caso teremos de avaliar se, à parte dessa condição, esse discurso tem o potencial de pôr em causa bens jurídicos de interesse coletivo, como a já citada paz social ou ordem pública (que entendemos como derivados do princípio democrático), e a sopesá-los com o direito à liberdade de expressão. Já nos casos em que o discurso advogue diretamente pela supressão de algum direito de um grupo, invocar-se-á um dano presumível a esse direito, o que deverá sempre ser avaliado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. São os casos de incitação a crimes de ódio ou a

¹⁶⁰ MARSHALL, Jill, *Personal Freedom Through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden, 2009, pp. 185.

¹⁶¹ MARSHALL, Jill, *Op. cit.*, pp. 54 ss.

discriminações diretas que autorizam a assunção de um perigo de lesão a esses direitos fundamentais.

A segunda dessas consequências é a invocação, em qualquer dos casos, da dignidade humana como critério interpretativo, de modo que se não se puder encontrar um fundamento razoável para se trazer à argumentação a dignidade humana (não como simples fonte de direitos, mas na sua dimensão social), deve assumir-se que não se trata de discurso de ódio. Explique-se que o conteúdo da expressão não será capaz de advogar, promover ou incitar o ódio pela mera referência insultuosa a um indivíduo ou a um grupo estigmatizado, é necessário que essa expressão cause um dano social ou, por outras palavras, cause danos a bens jurídicos de interesse social, que identificámos aqui como a paz social, a ordem pública e, em especial, o princípio democrático – que terá no seu núcleo essencial a dimensão social da dignidade da pessoa humana.

Equacionar essa problemática do ponto de vista dos direitos fundamentais não é simples e, dentro de uma lógica que denomina princípios como mandados de otimização que devam ser aplicados na maior extensão possível, teremos de recorrer invariavelmente à ponderação de princípios, de modo a determinar o âmbito de proteção do direito à livre expressão sob uma ótica específica do discurso de ódio. Elencados os princípios, direitos fundamentais e bens jurídicos que estarão em causa, podemos determinar um modelo de resolução desses conflitos através da determinação da adequação, necessidade e proporcionalidade das interferências realizadas, com inspiração em Alexy¹⁶². Para esse fim, será necessário adotar, em alguns casos, elementos da fórmula do peso,¹⁶³ de forma a verificar em que medida e sob quais circunstâncias o grau de interferência na liberdade de expressão se justifica quando nos defrontamos com as situações acima expostas. É verdade que fizemos, até este ponto, uma série de assunções empíricas, algumas com embasamento teórico, outras com embasamento factual. A importância de se testar as hipóteses de permissão, proibição e criminalização do discurso de ódio residirá

¹⁶² ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90 ss.

¹⁶³ ALEXY, Robert, *Human Dignity and Proportionality Analysis in Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, v. 16, nº. 3, pp. 83-96, Edição Especial 2015, Joaçaba, UNOESC, 2016, pp. 86 ss.

especialmente na utilização da dignidade humana como critério interpretativo e medir-se pela fiabilidade das assunções empíricas realizadas ou que ainda estão por realizar.

No caso das criminalizações é importante ressaltar que o direito à livre expressão não é o único a ser restrito, a pena imposta tem carácter de cerceamento da liberdade de locomoção, o que resulta num conflito que deverá levar em consideração mais essa variável, que o mais das vezes impõe que a interferência nos princípios em oposição seja considerada de maior gravidade e que seja acompanhada por assunções empíricas bastante fiáveis. Não obstante, mesmo a invocação da liberdade de locomoção e de expressão de um lado do conflito normativo não autorizam imediatamente a concluir que o discurso nunca poderá ser criminalizado, é necessário colocar em oposição os bens jurídicos afetados, para que seja possível concluir pela possibilidade de criminalização ou não.

Após, e ainda que se considere que essa criminalização não é justificável do ponto de vista dos direitos fundamentais envolvidos, é necessário verificar se a conduta será considerada permitida ou não, quando a liberdade de locomoção já não estiver posta em causa. Adiante, num tópico específico, estudaremos os efeitos do que aqui chamamos proibição, pelo resultado da ponderação de princípios que resulte na precedência de um sobre o outro. Ao admitir-se que aquilo que não é proibido é permitido, a partir dessa segunda ponderação, será possível determinar o que é de facto permitido, ou seja, o que não consideramos discurso de ódio, mas sim o normal exercício da liberdade de expressão.

4.2.1. A criminalização sob a doutrina garantista do direito penal

É comum na seara jurídica a discussão que opõe a liberdade de expressão à possibilidade de criminalização do discurso de ódio, e que tende a reduzir a discussão a uma análise da simples dialética entre a precedência da liberdade de expressão ou do bem jurídico ofendido, num caso muitas vezes identificado como a dignidade humana ou como a honra. Ante o já exposto, consideramos essa perspetiva simplista, uma vez que acaba por apontar para uma falsa dialética, que se ajusta mais a uma interpretação de regras do que a um conflito entre princípios. Não é difícil perceber esse pensamento, na medida em que exista, num determinado ordenamento jurídico, uma regra, na forma de um tipo

penal, que determine que na subsunção fará espoletar uma consequência jurídica na forma de sanção penal, que implica, o mais das vezes, uma restrição à liberdade de locomoção individual. Essa talvez seja a leitura de quem opõe a liberdade de expressão à criminalização. Para uma crítica mais elaborada, é necessário algum aprofundamento quanto aos fins dessas criminalizações.

Para Ferrajoli, a finalidade do Direito Penal estará consubstanciada num duplo caráter, o de se prevenir o delito e o de se prevenir as punições injustas, sendo que ambas apontam para uma mesma direção: a da redução da violência na sociedade. Neste sentido, o Direito Penal não poderá ser reduzido a uma simples defesa dos valores consagrados por uma determinada ordem jurídica, devendo incluir também a defesa do mais fraco contra o mais forte. Ambas as finalidades estariam então conectadas para a legitimação de uma necessidade política comum: a da tutela dos direitos fundamentais¹⁶⁴.

Extraímos desse pensamento a conclusão de que, para que seja válida a norma que criminaliza, é necessário que seja eficaz na proteção desses bens jurídico, ou seja, que essa proibição penal traga de facto alguma dissuasão comportamental neste caso específico. Neste sentido, Ferrajoli propõe que os tipos penais tratem de bens jurídicos fundamentais e de proibições mínimas necessárias. No mais, para que seja considerado legítimo, o tipo penal deveria atender a critérios de proporção entre a violação das liberdades individuais do apenado e a agressão ao bem jurídico afetado pelo delito, bem como a uma correta delimitação de bens jurídicos merecedores de tutela penal¹⁶⁵.

Com certeza que no momento da aplicação da norma, essa lesão não é presumível, como poderá vir a ser a da sua criação. Propomos que isso se explique pelos diferentes graus de certeza que se tem a respeito desses conflitos nos diferentes momentos e, consequentemente, pelos diferentes pesos dos bens jurídicos tutelado no caso concreto, ou ainda pelos diferentes graus de lesão a esses bens, no caso do discurso de ódio. No momento da criação da norma, faz-se um sem número de assunções empíricas que

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Tradução Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Ed. Trotta, 199, p. 335.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Op. cit.*, pp. 476 ss..

devem atender a um grau de certeza razoável, de modo a que se autorize a sua criação, ainda que num plano de maior abstração. No momento da sua aplicação, deverá o juiz verificar se de facto ocorreu a lesão ao bem jurídico e em magnitude que se possa justificar a restrição à liberdade de locomoção ou de qualquer outro direito que se venha a restringir como consequência jurídica. Isso não torna menos importante, no entanto, que se faça uma análise acurada da argumentação que leve à criação do tipo penal, devendo existir, pelo menos a nível abstrato, alguma plausibilidade na argumentação que infere que o grau de interferência no bem jurídico tutelado possa vir a ser lesado, em alguma circunstância, para que se justifique a aplicação dessa pena.

Some-se a isso o facto de que deveremos levar em consideração que haja anterior proibição da conduta no ordenamento jurídico, para posteriormente verificar se a aplicação da restrição à liberdade de locomoção é razoável, e em que medida. Primeiro deve ressaltar-se que, conforme anteriormente já referimos, haverá proibição do exercício da livre expressão quando esse exercício implique em advogar, promover ou incitar ódio com base num estigma, o que tem potencial de ferir diretamente o núcleo essencial do direito à honra desses indivíduos, porquanto tenha o potencial de promover a ideia de que os alvos desse discurso seriam “menos humanos” do que os outros, do ponto de vista do seu valor intrínseco. A análise dessa proibição será realizada em capítulo adiante.

Será então necessário verificar o real impacto desse discurso na sociedade, e se de facto terá o potencial de criar um clima de insegurança e hostilidade contra os seus alvos, uma vez que só mesmo assim entendemos ser possível a sua criminalização, ainda que de modo abstrato¹⁶⁶. Assim sendo, e de acordo com a teoria garantista que aqui adotamos, muitos seriam os problemas das criminalizações das condutas das quais tratamos. O primeiro deles seria que não estaríamos autorizados a balancear com a liberdade de locomoção e de expressão os bens jurídicos identificados (paz social e ordem pública) que não possuam o *status* de direitos fundamentais, o que afasta a possibilidade de aplicação do modelo de ponderação aqui proposto; essa conclusão parte do princípio que existe uma diminuição do rol dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal. O segundo, o baixo grau de fiabilidade das assunções empíricas realizadas, uma

¹⁶⁶ BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, pp. 9 ss.

vez que não trazemos estudos que justifiquem a eficácia sociológica da lei penal para a dissuasão dos indivíduos de incorrerem nas condutas elencadas, muito pelo contrário, há uma série de críticas à eficácia dessas leis, conforme já referimos anteriormente. O terceiro seria a exclusão da chamada criminalidade de bagatela do âmbito de proteção da norma penal, sendo que o discurso de ódio, através de condutas individuais e isoladas, só será capaz de causar “pequenas lesões” ao princípio democrático, sendo assim incapaz de atingir o seu núcleo essencial individualmente ¹⁶⁷. O quarto seria que somente estão justificadas criminalizações quando há uma lesão concreta ou um perigo de lesão concreta ao bem jurídico tutelado, e nunca um perigo de lesão abstrato ¹⁶⁸.

Um ponto de interesse nessa discussão é o da coerência interna do ordenamento jurídico – ou das proporcionalidades paralelas – na medida em que se verifica existir a criminalização de simples difamações em diversos ordenamentos jurídicos, mas que não contam com a regulação do discurso de ódio e as suas diversas formas de expressão. Se a honra individual é protegida por um ordenamento jurídico na forma da criminalização de um simples insulto, entendemos que, por coerência, a existência de regras que visem regular o discurso de ódio é premente. Não é nossa perspectiva, no entanto, assumir a legitimidade dessas criminalizações (que em muitos casos são agravadas quando praticadas contra a figura de chefes de Estado, por exemplo) para ancorar o nosso entendimento de que a criminalização do discurso de ódio é justificável e proporcional. Muito pelo contrário, é fundamental criticar o desequilíbrio desses ordenamentos jurídicos, que tratam com certo pudor a regulação do discurso de ódio, mas que trazem na sua legislação tipos penais que criminalizam a ofensa à honra, na forma de um simples insulto.

É possível adotar, ainda assim, a máxima da proporcionalidade para a análise desses tipos penais, como medida de teste dessa argumentação expendida. Já definimos o núcleo essencial do direito à honra como o direito à integridade mental dos indivíduos, nos aspetos do seu direito à honra e à reputação e também num aspeto de saúde mental das vítimas, mas devemos considerar que o efeito deletério desse discurso na saúde mental dos indivíduos deve ser analisado caso a caso, sendo que a norma aponta para

¹⁶⁷ WALDRON, J., *Op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Op. cit.*, pp. 476 ss.

uma espécie de perigo abstrato, que cai ante a crítica garantista. Já o dano à reputação (ou à honra) dos alvos do discurso podem ser considerados como uma consequência presumível, com alto grau de fiabilidade, especialmente para indivíduos membros de grupos estigmatizados.

Seguindo este raciocínio, também não nos é permitido invocar uma lesão ao princípio democrático, sob o argumento de que o dano causado a esse princípio é de uma lesão mínima que não justifica a intervenção penal. Poderíamos, no entanto, trazer à discussão os bens jurídicos da paz social e da ordem pública, de modo a que tenham um peso menor abstrato no caso concreto, o que traria a discussão novamente para um grau de fiabilidade das assunções empíricas realizadas, cujo resultado já apontámos acima. Diferente a perspectiva, entretanto, no caso em que for possível trazer à argumentação o perigo concreto de lesão a outros direitos fundamentais, como o direito à vida ou à integridade física. Neste sentido, a incitação à violência real contra esses indivíduos encontra guarida mesmo dentro de uma teoria garantista do Direito Penal. Nesses casos, o discurso de ódio poderá e deverá ser criminalizado, sob a argumentação da perigosidade que a conduta representa a esses direitos fundamentais, na medida da proporcionalidade das penas aplicadas. Concluimos então que o discurso de ódio, quando praticado pelo cidadão comum que advoga, promove ou incita o dano a um direito fundamental de terceiro, poderá ser criminalizado.

4.2.2. O agravamento das condutas nos chamados crimes de ódio

É certo que as condutas, no caso concreto, não são iguais umas às outras, ainda que todas possam ser categorizadas sob um mesmo verbo ou conjunto de verbos. As circunstâncias específicas de cada delito são analisadas no momento da aplicação da lei penal. Não são desse modo parte da estrutura do delito, mas sim características acidentais que, quando estabelecidas por lei, deverão ser levadas em consideração pelo juiz, de modo a estabelecer a pena de modo equitativo, guiando-se pela maior ou menor gravidade do delito no caso concreto¹⁶⁹.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Op. cit.*, pp. 160 ss.

Conforme já estabelecemos, diversos delitos acabam por ter motivações que passam pela lógica da estigmatização e do ódio contra grupos mais vulneráveis. Se na estrutura do delito os crimes de ódio são idênticos àqueles já capitulados em tipos penais que protegem bens jurídicos diversos, a criação de um novo tipo penal poderia redundar em enunciados normativos meramente tautológicos e que, à parte do seu simbolismo, não possuem nenhuma outra característica efetivamente relevante no ordenamento jurídico.

Desse ponto de vista, os crimes de ódio quando já capitulados seriam estruturalmente idênticos aos crimes comuns, ou seja, quando cometidos por outros motivos quaisquer ou mesmo sem motivo relevante nenhum. Pois bem, embora tenhamos considerado, linhas acima, que não nos parece viável do ponto de vista jurídico-penal uma criminalização de grande parte das condutas do discurso de ódio que satisfaça os critérios de uma doutrina garantista, também é verdade que o fenómeno não deixou de ser lesivo a bens jurídicos diversos, ainda que essas lesões sejam insuficientes para a criação de tipos penais autónomos.

Facto é que, de acordo com o raciocínio já apresentado, as discriminações e a violência acabam por ser consequências do discurso de ódio, o que se quer evitar nas sociedades, mesmo naquelas em que a liberdade de expressão não conheça maiores limitações. Essa preocupação parte de uma lógica em que se reconhece a retroalimentação do fenómeno do discurso de ódio numa espiral de crescente violência social, especialmente contra grupos estigmatizados. Desse modo, parece-nos adequado que, quando o delito for praticado por motivações que se insiram nessa lógica de retroalimentação, que essa circunstância específica seja reconhecida pela lei e pelo juiz, de modo a que se afigure que o delito foi cometido com maior gravidade.

Se do ponto de vista da criminalização ou mesmo da proibição legal, a argumentação deve ser bastante sofisticada para que se considerem justificadas, do ponto de vista do reconhecimento de uma agravante penal, a exigência é consideravelmente menor. Certo é que as agravantes são regras que costumam disciplinar o juiz no momento da aplicação da pena, sendo que a sua existência de forma explícita na lei torna forçoso ao juiz

reconhecer a motivação de ódio em crimes que poderiam ser considerados simples assassinios, violações ou destruições de propriedade¹⁷⁰.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, propomos que a mesma argumentação jurídica utilizada para explicar os bens jurídicos ofendidos pelo discurso de ódio possa e deva ser utilizada para justificar o agravamento da pena em casos de crimes de ódio. Isto porque um crime cometido por motivação de ódio também é cometido imbuído da crença de que nem todos os seres humanos são iguais em direitos, o que acaba por justificar esses delitos do ponto de vista do ofensor e de setores da sociedade. Desse modo, é imperioso reconhecer que há ofensa a outros bens jurídicos, que não os tutelados pelo tipo penal, o que deverá ser levado em consideração no momento da aplicação da norma pelo juiz, reforçando o seu caráter preventivo geral e especial. Caso contrário, tratar-se-ia de uma solução jurídica imperfeita, que pune a agressão ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, mas que deixa sem resposta a sua motivação odiosa.

Nesse sentido, a norma legal que define a agravante em casos de crimes de ódio e o seu reconhecimento pelo juiz no momento da dosimetria da pena terá ainda um caráter sancionatório específico, que deverá contribuir para a transmissão de uma mensagem de que esses crimes são menos tolerados, por estarem imbuídos de uma ideologia que deve ser reprovada no seio de uma sociedade democrática.

4.3. A proibição e os seus significados

A partir da distinção das normas entre regras e princípios e da formulação de princípios como mandados de otimização que devem ser aplicados na sua maior extensão possível, é forçoso conceber que da colisão entre princípios poderá extrair-se um perfil de soluções possíveis, não apenas das permissões e proibições constitucionais explícitas, mas também daquelas que, não tendo sido explicitadas por um enunciado normativo, são o resultado de uma interpretação lógica que deflui do próprio ordenamento jurídico.

Nesse sentido, não é nosso intuito realizar uma análise apenas das proibições constitucionais explicitadas por normas, até mesmo porque o nosso trabalho não se foca

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Op. cit.*, p. 160.

num ordenamento jurídico específico. O nosso intuito é revelar a interpretação das proibições em ordenamentos jurídicos que tenham por princípios a liberdade de expressão, a democracia e a dignidade da pessoa humana, sendo elas explícitas ou implícitas. A nossa análise da proibição constitucional implícita nesses ordenamentos jurídicos passa, portanto, pela interpretação de que a dignidade humana na sua dimensão social – ou a proteção do bem público de que todos os cidadãos são iguais em dignidade – é o núcleo essencial do princípio democrático e que, por esse motivo, merece a máxima proteção constitucional, de modo a que se justifique a proibição do discurso de ódio, na medida em que é antidemocrático.

Já pormenorizámos, linhas acima, o nosso entendimento a respeito das condutas que são passíveis de criminalização e também firmámos o entendimento de que há necessidade de anterior proibição constitucional – ainda que implícita – para que essas condutas sejam criminalizadas. Neste sentido, e por lógica, deduzimos que se todas as condutas para serem criminalizadas necessitam de ser anteriormente proibidas, nem todas as condutas proibidas poderão ser criminalizadas, pelo menos dentro de uma lógica de direitos fundamentais e ainda mais sob uma doutrina garantista do Direito Penal.

Excluída a ofensa a outros direitos fundamentais, que foi resolvida no tópico anterior, resta-nos, portanto, explicitar a proibição constitucional resultante do conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o princípio democrático. Esse conflito deverá inicialmente ser escrutinado do ponto de vista da adequação da proibição do exercício da liberdade de expressão, no caso do discurso de ódio. Entendemos que a adequação¹⁷¹, nesse sentido, resida na finalidade última de combater a difusão do discurso de ódio, de modo a se preservar a democracia e a dignidade dos grupos minoritários na sociedade. Assim, a proibição deverá resultar de um mandamento para o Estado de que não expresse esse tipo de discurso e de que não permita a expressão desse discurso na sociedade. Desse modo, parece-nos existir uma razoável relação entre meio e fim, no que respeita a essa proibição.

¹⁷¹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 584 ss.

Do ponto de vista da necessidade¹⁷², impõe-se questionar se haverá uma medida menos lesiva do que essa proibição e que atenda a um resultado satisfatório no sentido de proteger a dignidade humana dos grupos minoritários e a democracia. Entendemos que a única alternativa à proibição é a permissão – ainda que fraca –, de modo que permitir o discurso de ódio terá como consequência a imobilidade do Estado quando for ofendido o princípio democrático, o que situaria o discurso de ódio no âmbito da proteção da liberdade de expressão e esvaziaria qualquer discussão a respeito do dano provocado noutros princípios. Assim sendo, e ao considerar-se que essa proibição é um mínimo necessário para a proteção dos princípios invocados, entendemos a sua necessidade.

Quanto a proporcionalidade em sentido estrito¹⁷³, é necessário recuperar parte da argumentação já expendida no que toca à criminalização, de modo a entender-se que ambos os princípios tenderão a ter peso abstrato igual, no caso concreto. Com a proibição o grau de interferência no direito à liberdade de expressão pode ser considerado moderado, uma vez que se considera que todas as opiniões que não denotem claramente ofensa à dignidade humana na sua dimensão social, aquelas que advogam, promovem ou incitam o ódio apenas como um efeito colateral, podem ser expressadas, de modo a não reforçar o estigma social, evitando-se esse efeito. Para os casos de opiniões que não possam ser expressas de outra forma, o grau de sacrifício da liberdade de expressão poderá ser mais sério, mas também será mais sério o sacrifício do princípio democrático no caso da sua permissão, o que entendemos acabar por se compensar¹⁷⁴.

Já o grau de interferência no princípio democrático pode ser também considerado moderado ou sério, dependendo das circunstâncias concretas do caso, o que deverá ser analisado caso a caso. É possível assim verificar que mesmo em abstrato há uma série de elementos que, à partida, autorizam uma eventual restrição à liberdade de expressão na forma da proibição do discurso de ódio. A questão que se coloca é então a de se saber o que significa essa proibição. Já argumentámos que a proibição constitucional constitui um mandamento ao Estado no sentido de proibir que se expresse com determinados conteúdos e que proíba a expressão desses mesmos conteúdos. Para além disso, a

¹⁷² ALEXY, Robert, *Op. cit.*, pp. 586 ss.

¹⁷³ ALEXY, Robert, *Op. cit.*, pp. 593 ss.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert, *On Balancing and Subsumption, A Structural Comparison in Ratio Juris*, nº. 16, vol. 4, 2013, p. 440.

interpretação dessa proibição tem um evidente caráter simbólico, no sentido de que passa uma mensagem para a sociedade de que certo tipo de expressão não será tolerado, por entrar em choque com valores básicos da sociedade.

A norma que resta da determinação de proibição do discurso de ódio não só autoriza como também determina que o Estado edite legislação infraconstitucional para que preveja no seu ordenamento jurídico medidas sancionadoras que tenham por finalidade reparar o dano causado e sancionar a conduta. Deste modo, entendemos que, por meio desta interpretação, é possível justificar uma legislação regulamentadora preventiva que detalhe e explicita a proibição do discurso de ódio e que busque, assim, uma maior efetividade no seu combate. Todas estas situações serão aprofundadas nos tópicos adiante, de modo que pretendemos ilustrar, se não todas, pelo menos uma parte importante das possíveis soluções a nível legislativo dentro da lógica já apresentada.

4.4. A regulação que implica restrição em direitos civis e políticos

A regulação proposta, na forma de lei infraconstitucional, será essencialmente explicitadora da restrição do direito à liberdade de expressão, na medida em que exclua do seu âmbito de proteção o discurso antidemocrático que visa minar o valor social de que todos os seres humanos são iguais em dignidade. Já aqui alguma distinção deverá começar a ser feita, quanto ao contexto em que o discurso é proferido, bem como quem o profere, de modo a que possamos chegar a um nível mais concreto da discussão, analisando a restrição a outros direitos civis e políticos que eventualmente resultem das consequências jurídicas, em caso de violação da proibição do discurso de ódio.

Certo é que já situámos o discurso de ódio como parte de uma distorção de comunicação sistematizada, que influi no debate público acerca de questões públicas e que, por esse motivo, importa dano ao princípio democrático. Neste sentido, devemos reforçar a importância da regulação da esfera pública¹⁷⁵, com vista a preservar o debate público (e político) de forma a defendê-lo contra essa distorção e impedir o ulterior dano à

¹⁷⁵ BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, pp. 8-9.

democracia na sua concepção deliberativa, por nós adotada. No debate público as vozes não têm todas o mesmo peso, no entanto é importante ressaltar que algumas figuras, por representarem instituições públicas ou privadas, terão uma projeção de maior alcance na sua expressão, enquanto o meio pelo qual se difunde o discurso também terá vital importância para o reconhecimento, no caso concreto, da magnitude do dano que tem o potencial de causar.

Líderes políticos ou religiosos e a comunicação social de modo geral, na medida em que tem maior influência e/ou maiores audiências, têm responsabilidades acrescidas no exercício da sua liberdade. Também é certo, no entanto, que a fala de muitas dessas figuras não se situa apenas no âmbito de proteção da liberdade de expressão do cidadão comum, os líderes políticos gozam de uma liberdade de expressão acrescida, devido à sua importância enquanto representantes de parcelas da população, bem como os líderes religiosos, que têm protegido o direito de expressar a sua religiosidade, dentro de limites que analisaremos mais adiante. Da mesma forma, a expressão artística poderá sofrer limitações do ponto de vista do conteúdo que expresse.

Ainda, e do ponto de vista da comunicação social, não apenas os autores das declarações podem sofrer restrições ao seu direito à livre expressão, mas também os veículos de informação deverão atender à necessidade de estabelecer padrões para a veiculação de conteúdo que atendam à proposta de regulação em relação ao discurso de ódio. A lógica das restrições parte de um duplo aspeto, o de delimitar o exercício dessas liberdades, acautelando outros direitos, e o de determinar sanções e reparações no caso desse exercício se revelar danoso ao princípio democrático.

A restrição que se impõem, à partida, é a da impossibilidade de se poder expressar um discurso que tenha por conteúdo advogar, promover ou incitar o ódio com base na estigmatização de determinado segmento da sociedade. Isso implica um desdobramento: a ideologia política que implique num programa ou em propostas que tenham por finalidade promover uma ideologia incompatível com o valor de igual dignidade de todos os membros dessas sociedades deve ser restringida. É bem verdade que a doutrina do TEDH tende a tratar de modo mais brando os partidos políticos (conforme já

ilustramos¹⁷⁶) do que as condutas individuais que impliquem no fenómeno do discurso de ódio. Já criticámos essa posição, por entendermos que o risco à democracia é muito maior quando há institucionalização do discurso de ódio e que, nesse sentido, mesmo sendo a liberdade de reunião e associação caríssima a qualquer sociedade democrática, entendemos que o risco que esse discurso contém não pode ser ignorado. Nesses casos entendemos, portanto, que o risco consubstanciado na não interferência na liberdade de associação é sempre sério.

O aspeto mais interessante no sentido dessa regulação de carácter administrativo é, provavelmente, o da previsão de consequências jurídicas que tenham por escopo a restrição de direitos civis e políticos, como forma de acautelar a não-ocorrência de novas condutas lesivas ao princípio democrático, em especial o seu núcleo essencial (a dignidade humana). Assim, essas medidas deverão ser restritivas de direitos civis e políticos, com vista a acautelar a ofensa ao princípio democrático e, paralelamente, em alguma medida a aplicação de consequências jurídicas que atendam a uma finalidade de sanção e de reparação.

Bons exemplos desse tipo de regulação de natureza administrativa, que visa regradar a forma como devem ser exercidos os direitos fundamentais de naturezas diversas, podem ser encontrados na legislação infraconstitucional alemã¹⁷⁷. Partir-se-á da conclusão de que a proibição de que resultou o conflito de princípios determina que há uma zona de precedência do princípio democrático sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, o que acaba por definir as balizas entre criminalização, proibição e permissão. Desse modo, resta-nos definir, em relação a essa zona de proibição, que medidas acauteladoras, sancionatórias e/ou reparadoras serão adequadas, necessárias e proporcionais, na medida em que impliquem em novas restrições de direitos fundamentais.

¹⁷⁶ Ver nota 124.

¹⁷⁷ Ver nota 101.

4.4.1. O discurso de ódio na política

Quanto aos efeitos na audiência e as projeções perante a opinião pública, as mensagens de ódio merecem especial atenção quando imbricadas com o discurso político. Ainda mais quando essas mensagens tenham hipótese de capitalizar politicamente a aceitação de um bem jurídico concorrente com os valores de uma democracia que se baseie na dignidade humana. Portanto, o risco desse discurso deve ser analisado do ponto de vista da audiência que é capaz de atingir, que é quase sempre vasta, em especial em períodos eleitorais ou em debates parlamentares. Por outro lado, deve também analisar-se a aceitabilidade dessas ideias pelo público, pois dependerá de diversos fatores, tais como o grau de instrução da audiência, ideologias vigentes, entre outros. Esse conjunto de fatores deverá ser levado em consideração pelo juiz no momento da aplicação de sanções, dado que a ofensa ao princípio democrático poderá dar-se em maior ou menor grau aquando da difusão de ideologias contrárias à concepção aqui apresentada.

Outra variável importante é a necessidade de preservação da racionalidade do debate democrático, que será condição essencial para a democracia deliberativa. Considere-se para esse fim que a expressão de ódio apela muitas vezes a elementos emocionais, de forma a melhor persuadir o público a simpatizar ou antagonizar determinadas ideias. Quem profere esse tipo de discurso, muito mais do que uma simples tentativa de difundir uma ideologia, o mais das vezes, age racionalmente para provocar reações na audiência, de forma a que essa adira à sua liderança, e o ódio nesses casos é uma grande força motivadora¹⁷⁸. É lugar-comum nos discursos políticos o apelo a sentimentos de pertença a uma determinada nação ou população, elementos esses inculcados no processo de formação de identidade desses indivíduos desde sempre. O líder político, no exercício da sua livre expressão, pode explorar essas situações, sem sombra de dúvida, mas há que o lembrar que nunca poderá fazê-lo à custa da reputação de grupos vulneráveis dessas sociedades, nem à custa dos seus valores sociais superiores. É nesse sentido que o discurso de ódio se encontra com os populismos no final desta década e que se desencontra com a necessidade de maior tolerância em sociedades democráticas diversas e pautadas pelos direitos humanos.

¹⁷⁸ Sobre ódio e motivação, ver HARMON-JONES, Eddie, *Early Career Award. Clarifying the emotive functions of asymmetrical frontal cortical activity*, *Psychophysiology*, 40, Blackwell Publishing Inc., 2003.

Quando o indivíduo que se expressa de modo a advogar, justificar ou incitar o ódio é um líder político, teremos uma situação algo mais complexa do ponto de vista jus-filosófico. Conforme já expusemos, a doutrina do TEDH que é pouco tolerante com o discurso de ódio tende a ser mais tolerante conquanto se tratem de partidos políticos, por entender que o direito à liberdade de associação, na sua intrínseca relação com a liberdade de expressão, só poderá ser limitado ante um perigo concreto e iminente à democracia¹⁷⁹. Temos então uma nova complexificação da situação, já que o discurso de ódio poderá ser expresso tanto por indivíduos que representem lideranças políticas, como por partidos políticos, através dos seus representantes ou através de manifestos e programas, existindo a necessidade de diferentes critérios valorativos – com especial atenção às circunstâncias dos casos concretos – para se definirem os limites do direito à liberdade de expressão e de associação quando confrontado com o fenómeno do discurso de ódio.

Quanto às lideranças políticas, portanto, devemos observar que há um acréscimo de proteção à sua liberdade de expressão. Entende-se o alargamento dessa proteção, uma vez que a liderança política não fala apenas em nome próprio, mas sim em nome do seu eleitorado ou em nome do seu partido, de modo que o TEDH acaba por perceber que essa expressão é exercida virtualmente de modo coletivo¹⁸⁰, através da representação política. Entendemos que restringir, ainda que virtualmente, a liberdade de expressão de toda uma parcela da sociedade que se coaduna com determinadas ideias, ainda que passíveis de serem consideradas antidemocráticas, é uma restrição bastante mais séria o que, pela lógica da proporcionalidade, exige um peso maior do princípio em colisão, para que esteja devidamente justificada.

Ocorre que, e conforme já defendemos, o discurso deve ser analisado não apenas do ponto de vista de quem o profere, mas também pelo impacto que será capaz de produzir no público e é evidente que a projeção do discurso político é superior à do discurso

¹⁷⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia: incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH*, in *Revista española de derecho consitucional*, Madrid, a.33n.97 (Enero-Abril2013), pp. 334 ss..

¹⁸⁰ *United Communist Party of Turkey v Turkey*, No. 19392/92, 30 January 1998; *Rehfa Partisi and others v Turkey*, Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 31 July 2001; *Herri Batasuna v Spain*, Nos. 25803/04 and 25817/04, 30 July 2009.

proferido por um cidadão comum, de modo que o risco potencial ao qual o princípio democrático é exposto é acrescido e, portanto, justificador de maiores restrições. Entendemos que mesmo o discurso político – ou a liberdade de expressão exercida de modo coletivo – quando confrontados com o princípio democrático, ante o fenómeno do discurso de ódio, permanecem num campo de proibição, ou seja, fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão. Dito isso, as circunstâncias particulares do caso, que estejam relacionadas com o meio pelo qual essas condutas se realizam, o possível número de destinatários e o contexto no qual se deram são elementos que devem ser analisados do um ponto de vista do perigo potencial que representam, ou seja, assume-se que seja proporcional a sua restrição, ainda que a fiabilidade das assunções empíricas, no caso concreto, seja baixa ou meramente especulativa.

A análise dessas características do discurso não será dispensável em nenhum caso, mas sim o ponto de partida para que se determine qual a consequência jurídica proporcional. Será, portanto, uma análise que deverá ser feita posteriormente e não de modo a determinar a adequação da proibição como adota a vertente jurisprudencial do perigo potencial desenvolvida pelo TEDH¹⁸¹. Essa é a crítica que referenciamos fazer ao critério valorativo estabelecido pela Corte no caso dos partidos políticos e será por esse motivo que nos distanciaremos da doutrina por ela desenvolvida nesse aspeto, por entendermos que a proibição se encontra justificada do ponto de vista da adequação e da necessidade, sendo apenas necessário analisar, no caso concreto, a proporcionalidade em sentido estrito das consequências jurídicas à violação da norma proibitiva. Esse será o ponto abordado nos próximos subtópicos, de modo a tentar explorar as soluções jurídicas possíveis e proporcionais, no caso de condutas que se consubstanciem em discurso de ódio quando praticadas por via do discurso político, tanto na fala individual quanto na fala institucional desses atores.

Assim como haverá diferenças entre os tipos de discurso, também há que se analisar os seus diferentes momentos, já que o estatuto jurídico do orador é uma situação que irá variar conforme circunstâncias estranhas à sua retórica e ao seu meio de propagação. Há nesse sentido uma diferença fundamental a ser analisada, que é o discurso do político em campanha e o do representante efetivamente eleito. Em ambos os momentos se faz

¹⁸¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. cit.*, pp. 334 ss.

uso do discurso político, que pode ser interpretado como sendo feito em nome do partido ou em nome próprio. A questão que se coloca nesses casos é a de se saber se o representante político goza ou não da imunidade conferida aos representantes de uma parcela da sociedade que o elegeu através de sufrágio universal.

É importante notar que o representante eleito e que goze de imunidade parlamentar fica juridicamente impossibilitado de ser processado, tanto civil quanto criminalmente, por opiniões expressas no âmbito do exercício das suas funções, sendo certo que o corpo representativo ao qual pertence poderá levantar essa imunidade, caso entenda ser necessário. Existem muitas situações previstas em diversos ordenamentos jurídicos que justificam o levantamento da imunidade de membros do legislativo ou do executivo, mas é certo que para o que nos interessa só haverá uma hipótese na qual julgamos legítimo esse levantamento, que terá a ver com a utilização do discurso para fins alheios àqueles legítimos ao próprio discurso político¹⁸². Será o caso de os corpos de representação analisarem se a expressão utilizada no âmbito do discurso político terá finalidade específica de ofender ou incitar a violência contra indivíduos ou se estará de algum modo ligada ao normal exercício das funções parlamentares.

Essa análise nunca será simples, mas é necessária para se revelar se o discurso se encontra ou não dentro do âmbito de proteção alargado de um exercício coletivo da liberdade de expressão. É desse modo que entendemos ser determinável se é possível ou não a imposição de qualquer medida persecutória contra representantes eleitos que tenham escopo puramente civil ou criminal. Concluimos, nesse sentido, que não há possibilidade de restrição da liberdade de expressão exercida coletivamente quando o discurso for efetivamente de interesse coletivo – ou parte do debate parlamentar – e permitido, mas que poderá ser restrito quando fuja a esse interesse coletivo, de modo que fica autorizado o levantamento da imunidade do representante político e a sua perseguição civil ou penal em relação a esses factos.

Por outro lado, é necessário impor essa restrição, com vista a impedir uma utilização política do judiciário – ou a judicialização da política – e a manter a necessária margem

¹⁸² Um caso recente de aplicação desse entendimento poderá ser verificado no levantamento da imunidade da Eurodeputada Marine Le Pen (cf. European Parliament decision of 2 July 2013 on the request for waiver of the immunity of Marine Le Pen [2012/2325(IMM)]).

de discricionariedade do poder político¹⁸³. Defende-se aqui, então, não uma intervenção judicial nos demais poderes, mas sim uma autorregulação de cada um desses poderes, que somente deverá ser apreciada pelo poder judiciário em casos de lesão de direitos. Do ponto de vista dos princípios envolvidos, a imunidade parlamentar seria um corolário do princípio da separação de poderes, e visa garantir que não haja utilização da máquina judicial com a finalidade de perseguição a adversários na arena política, o que deverá ser um argumento consistente para limitar qualquer legislação sobre discurso de ódio que possa vir a atingir o discurso político.

Conforme já foi referido, é certo que o exercício coletivo da liberdade de expressão, embora de âmbito mais alargado de proteção, também encontra limitações, especialmente no que toca ao princípio democrático. É nesse sentido, excluídos os casos em que o discurso seja utilizado com finalidades que fujam à da representação política e respeitada a separação de poderes, que se deve analisar a possibilidade de se estabelecerem consequências jurídicas que acautelem o princípio democrático e que punam atos que extrapolem os limites do âmbito de proteção do direito à livre expressão quando confrontado com o princípio democrático. Também é por isso que entendemos adequado e necessário que sociedades democráticas estabeleçam consequências jurídicas, no caso de infração à proibição de se promover, advogar ou incitar o ódio em discursos políticos e com objetivos políticos. Temos então duas situações em que o discurso de ódio poderá ser normalmente apreciado pelo judiciário, no que toca a crimes comuns ou a questões civis: o político em campanha ou o político que extrapole o exercício da normal função parlamentar.

Nos demais casos, e caso se considere que o discurso é antidemocrático, deverá ser analisado pelo próprio órgão político ao qual pertença a possibilidade de aplicação de sanção, que poderá pautar-se desde uma simples advertência até uma possível perda de mandato. É claro que a última hipótese deverá aplicar-se a casos em que o representante político apresente uma real ameaça à democracia, ou seja, é necessária uma análise de proporcionalidade em sentido estrito, que revele um peso do princípio democrático superior ao da liberdade de expressão exercida de modo coletivo – de âmbito de proteção

¹⁸³ ALEXY, Robert, *Formal Principles: Some replies to the critics*, in Oxford University Press and New York School of Law, ICON (2014), Vol. 12, n.º 3, 511-524.

alargado – de modo a justificar-se tamanha interferência. Essa interferência deverá contar com um alto grau de fiabilidade nas assunções empíricas e deverá ser analisado se esse discurso atinge de facto o núcleo essencial do princípio democrático, o qual já definimos como a dignidade da pessoa humana.

A maior restrição que se poderá criar enquanto punição e acautelamento do princípio democrático, a nível do discurso individual – aquele que não representa o partido político – será o da suspensão dos direitos políticos do infrator. Essa interdição, que atinge a capacidade eleitoral passiva do indivíduo e que terá caráter temporário, deverá servir para acautelar o princípio democrático e servir como uma espécie de punição. É bem certo que do ponto de vista da eficácia essa medida punitiva, bem como a da perda de mandato, é extremamente eficaz, mas traz em si um problema sério na questão dos direitos fundamentais, uma vez que ferem o próprio princípio que protegem. Do ponto de vista dos direitos fundamentais, percebemos que terá de se realizar uma segunda ponderação, apenas no que diz respeito às consequências jurídicas, ou seja, deve adotar-se o resultado do balanço daquilo que resulta como lesão ao princípio democrático e verificar qual a pena adequada, necessária e proporcional em cada caso. Entendemos que se deva verificar primeiro qual a posição jurídica que deve ser afetada em cada caso: a capacidade eleitoral ativa ou o mandato – o que deverá ser feito através de um juízo de adequação e necessidade. Certo é que para casos de políticos em campanha não será possível aplicar penas de perda de mandato, o que demonstra, por exemplo, a inadequação da medida ou ainda que a perda de mandato se demonstre insuficiente dada a reiteração de condutas e que se julgue elevado o grau de perigosidade que o indivíduo possa representar para a democracia. É nesse sentido que em alguns casos a suspensão dos direitos políticos deverá mostrar-se com um resultado ótimo¹⁸⁴, uma decisão capaz de sopesar o conflito do princípio democrático com o direito fundamental a candidatar-se a um cargo eletivo¹⁸⁵.

¹⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso, *Direitos Fundamentais e Liberdade Legislativa: O Papel dos Princípios Formais*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canutinho, Vol III, Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Org. Fernando Alves Correia, Jonatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 936.

¹⁸⁵ Tal direito é uma decorrência do direito fundamental a eleições livres, que inclui o sufrágio universal e, portanto, a capacidade eleitoral ativa e passiva (cf. artigo 3 do protocolo 1 da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*); *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, No. 9267/81, 2 March 1987, § 47.

Conforme já dito, esta solução apresenta uma grande contradição aparente: restringe-se um direito fundamental essencial à democracia para se preservar a mesma. Essa aparente contradição guarda um importante paralelo com o próprio paradoxo da intolerância com o intolerante, ou mesmo com a aplicação da cláusula do abuso de direito pelo TEDH, que rejeita a proteção da Convenção para a difusão de valores contrários à mesma. Neste caso específico diremos, no entanto, que não nos parece haver solução, a nível das consequências jurídicas para a infração da proibição ao discurso de ódio, mais adequada para o acautelamento do princípio democrático do que impossibilitar que indivíduos que advoguem por ideologias antidemocráticas sejam impedidos de representação política, ainda que entendamos que essa suspensão deva ser analisada nos estritos limites da proporcionalidade, no sentido de que seja aplicada apenas em casos de condutas que lesem o núcleo essencial do princípio democrático em considerável intensidade e que tenham um tempo de duração razoável e proporcional à lesão provocada, de modo a que não impliquem num dano maior do que aquele provocado pelo discurso de ódio.

Quando a liderança política “fala” pelo partido ou mesmo quando a expressão faz parte do seu programa eleitoral, do seu manifesto ou de quaisquer outras formas de documentos oficiais do partido, incluindo-se aí discursos proferidos, propaganda política, entre outros, tratar-se-á de uma posição oficial do partido e não apenas da posição isolada de um representante político. Isso importa que, para o apuramento de responsabilidades legais, as medidas apresentadas no tópico anterior serão inadequadas ou mesmo insuficientes. Se um partido político é constituído com objetivos antidemocráticos, será necessário avaliar, dentro de critérios específicos, se o ordenamento jurídico ou mesmo os sistemas de proteção de direitos humanos devem ou não proibir total ou parcialmente as suas atividades.

Essa análise contemporaneamente tem sido feita por novos pontos de vista, afastando-se do chamado paradigma de Weimar, que considerava que os partidos abertamente e tradicionalmente antidemocráticos deveriam ser dissolvidos (por exemplo, partidos Comunistas e Nazis) e passando a incluir-se uma série de novas categorias, quais sejam os partidos que incitam o ódio e a discriminação, os que apoiam a violência e aqueles

que desafiam a identidade do Estado¹⁸⁶. No caso do discurso de ódio, como aqui apresentamos, entendemos que duas dessas categorias se apresentam totalmente convergentes, no sentido de que entendemos que incitar o ódio e a intolerância – e potencialmente a violência – são atitudes não apenas antidemocráticas, mas também que desafiam a identidade de uma democracia baseada na dignidade da pessoa humana.

Ao longo das duas últimas décadas a ilegalização de partidos tem sido algo comum dentro desses três critérios, em casos ocorridos na Alemanha, Bélgica, Turquia, Bulgária, Países Baixos e Espanha, e que muitas vezes foram levados à apreciação do TEDH¹⁸⁷. Contemporaneamente, muitos ordenamentos jurídicos passaram a contar com previsões legais de banimento de partidos que possuam agendas antidemocráticas, como o exemplo de Israel¹⁸⁸, incluídos explicitamente esses critérios que levam à conclusão de que a dignidade da pessoa humana é de facto um tema central da vida política dessas democracias.

Facto é que, verificada a antidemocraticidade pelos critérios que já apresentámos, deverão ser aplicadas medidas de acautelamento do princípio democrático. Nesse sentido pudemos identificar algumas medidas previstas pela legislação de Estados e aplicadas pelos tribunais, que dizem respeito principalmente à proibição de participarem em pleitos eleitorais, cortes de financiamento público, retirada de outras formas de apoio e a efetiva dissolução do partido¹⁸⁹. Todas essas medidas deverão ser analisadas, mais uma vez, do ponto de vista da adequação e da necessidade em cada caso. As considerações que podem ser feitas abstratamente nesse sentido serão de que será desnecessário aplicar a medida de dissolução de um partido caso o discurso antidemocrático seja utilizado numa campanha específica. É para esses casos que haverá a possibilidade de se proibir a participação em determinado pleito eleitoral. O corte de financiamento público deverá obedecer à mesma lógica. Serão sempre situações pontuais que merecem uma resposta jurídica.

¹⁸⁶ BLIGH, Gur, *Defending democracy: A new understanding of the party-banning phenomenon*, Vand. J. Transnat'l L., 2013, pp. 1333-1337.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 1336-1337.

¹⁸⁸ Ver, por exemplo, a previsão contida na Constituição Búlgara (artigo 44, § 2) ou na Constituição Ucraniana (artigo 37).

¹⁸⁹ Recomendações similares são feitas pelo ECRI (ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 9)

Situação mais delicada é a da efetiva dissolução de partidos que, por apresentarem programas, princípios ou ideologia que impliquem em advogar, promover ou incitar ódio terão a sua própria existência proibida. Nesses casos, muito além de simplesmente restringir o direito à liberdade de expressão exercida de modo coletivo, o que se põe em causa é o direito de reunião e associação desses indivíduos. Recuperemos, no entanto, a noção de que o objetivo de qualquer partido político é sempre assumir o poder e que, caso esse partido seja capaz de eleger bastantes representantes, poderá levar a cabo políticas que destruam a dignidade de grupos minoritários, sendo assim justificável a sua proibição antes que logrem êxito. É mais uma vez importante salientar que nesse aspeto afastamo-nos da doutrina do perigo concreto e iminente estabelecida pela TEDH, e consideramos que a simples existência de partidos que propugnem esse tipo de ideologia deve ser combatida, mesmo que com baixa aderência das suas ideias na sociedade ou poucas hipóteses de efetivamente vencerem o pleito eleitoral, no caso concreto.

A análise de proporcionalidade em sentido estrito ficará então o encargo de se determinar a razoabilidade das consequências jurídicas a serem adotadas em cada caso, sempre com atenção às suas circunstâncias específicas, afora as poucas especulações que podemos fazer genericamente, como as anteriormente elaboradas. Defendemos aqui, portanto, um critério similar ao utilizado para a restrição do direito à liberdade de expressão, formulada no capítulo anterior, que se assemelha à da vertente do perigo potencial adotada pelo TEDH para o caso de dissolução de partidos políticos. É importante ressaltar que deverá existir sempre a possibilidade de soluções intermediárias, no sentido de se acautelar o princípio democrático de forma eficaz e proporcional.

4.4.2. Discurso de ódio e religião

Outro ponto que merece grande atenção em relação ao tema, é o discurso de ódio imbricado com o discurso religioso e propagado por lideranças e membros de religiões. Se por um lado membros de religiões sofrem corriqueiramente de estigmatização e acabam por ser, muitas vezes, vítimas de violência e discriminação que contam com o discurso de ódio para a sua justificação, por outro lado também é forçoso reconhecer que haverá, numa ampla gama de casos, no conteúdo expressivo do discurso religioso uma

componente de estigmatização de outros grupos religiosos ou de outros setores da sociedade em geral.

A expressão religiosa – quando ataca a dignidade de grupos minoritários – poderá ser tão desestabilizadora como qualquer outro discurso antidemocrático, até porque é um fenómeno comum na atualidade a emergência de algum grau de fundamentalismo (transversal às diversas religiões) na medida em que procurem influenciar no processo democrático, em alguns casos até mesmo a constituir partidos políticos fundados na ideia de que o Estado deve pautar-se por uma determinada doutrina religiosa. Braços políticos de instituições religiosas corriqueiramente possuem agendas francamente antidemocráticas, a consubstanciar-se talvez no melhor desse tipo de ameaça na contemporaneidade, e que contam com grande expressão em algumas regiões do globo¹⁹⁰. É necessário, nesse sentido, reforçar a necessidade de preservação do secularismo do Estado, um importante pilar de funcionamento das democracias ocidentais, porquanto se preserve a esfera pública do fundamentalismo religioso como forma de proteção da própria liberdade religiosa e mesmo da liberdade não-religião.

É desse modo que entendemos que a manifestação de religiosidade deve ser mantida na esfera da vida privada, em espaços próprios de culto ou mesmo em casa. O propósito de tal restrição é impedir a contaminação da esfera pública¹⁹¹ – que deve ser laica – livre de ideologias religiosas que professem doutrinas incompatíveis com um Estado de Direito, com o princípio democrático ou mesmo com a dignidade humana. Importa salientar que não interpretamos aqui pela impossibilidade de pessoas expressarem de maneira comedida os seus costumes religiosos em público, é concretamente para se preservar essa possibilidade que salientamos que será preciso reservar o culto e o proselitismo religioso a espaços próprios para esse fim, de modo a que o espaço público seja livre e portanto apto a albergar a expressão de todas as formas de crença, desde que expressadas com moderação e em respeito à liberdade religiosa e à igual dignidade de todos os cidadãos.

¹⁹⁰ BLIGH, Gur, *Op. cit.*, p. 1335.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen, *Religion in the public sphere*, European journal of philosophy, 2006, 14.1, p. 13. (disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.2006.00241.x/abstract>)

Nesse sentido entendemos que é necessário delimitar a liberdade de expressão religiosa quando confrontada com a liberdade de expressão religiosa e não religião de outros cidadãos e com a necessidade de preservação da laicidade do Estado, por esse motivo, deve ser reservada a esfera pública para a discussão do que é público e não de questões religiosas, que são do foro privado. Em relação ao discurso de ódio, e embora essa limitação já proteja em algum grau do princípio democrático, entendemos que haja necessidade de algum aprofundamento dessa análise. O motivo é que mesmo sendo a liberdade religiosa exercida com moderação no espaço público, e reservado o proselitismo e o culto para a esfera privada¹⁹², ainda assim, poderá haver exercício desse direito que consideramos discurso de ódio, qual seja o exercício ofensivo ao princípio democrático de modo a que atinja o seu núcleo essencial: a dignidade da pessoa humana.

Já referimos que o discurso de ódio pode propagar-se tanto por comunicação pública como privada e por isso entendemos que o discurso de ódio imbricado com o discurso religioso, ainda que comunicado nos espaços de culto, poderá cair na zona de proibição da análise que aqui fizemos, ou seja, fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão religiosa. Como a restrição desse tipo de discurso ao espaço privado já acarreta uma minimização do seu impacto, é necessário seguir a mesma linha de argumentação já expendida para os partidos políticos, qual seja, a do reconhecimento do âmbito de proteção alargado de que goza a liberdade de expressão religiosa quando exercida na esfera privada ou nos espaços de culto, mas sem deixar também de salientar o grande potencial danoso que poderá vir a ter para o princípio democrático. Um claro e primeiro grande limite será o discurso que incita a violência direta ou a discriminação, conforme já propusemos no que aí se enquadra, por exemplo, o discurso extremista religioso direcionado a minorias sociais, de outras religiões, entre outros.

Se por um lado o discurso religioso não é dotado de uma especial proteção como o discurso político, mesmo por ser uma questão totalmente privada, por outro as ingerências estatais que se relacionem com a liberdade desse discurso tendem a ser, pela sua natureza, mais graves do ponto de vista da invasão na esfera da liberdade individual,

¹⁹² ZAPATER, Máira Cardoso, *Quando o poder da palavra constrói a palavra do poder*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a.21 n°. 103 (julho-agosto 2013), pp. 323-352

ou seja, do direito à privacidade. O que queremos dizer é que do ponto de vista dos direitos fundamentais, a interferência no direito à liberdade de expressão religiosa quando confrontada com o discurso religioso será sempre séria, e restará ao estabelecimento das consequências jurídicas a função de preservar o equilíbrio de proporcionalidade no equacionamento dessa interferência, ao definir as medidas de sanção ou de acautelamento do princípio democrático que sejam aceitáveis, numa sociedade que protege a liberdade de expressão religiosa.

É nesse sentido, e de acordo com essas balizas, que pretendemos analisar um conjunto de consequências jurídicas capazes de dar conta do fenómeno do discurso de ódio imbricado com o discurso religioso, situação de extrema complexidade e de difícil gestão por parte do direito, sendo certo que quaisquer soluções jurídicas não nos parecem aprioristicamente suficientes para dar conta de um problema que tem nuances políticas, sociais e culturais ainda mais profundas do que as que nos propusemos tratar. Será necessário, no entanto, estabelecer consequências jurídicas proporcionais e coerentes com o sistema jurídico, sob pena de se permitir que se utilize o manto da liberdade de expressão religiosa para se proteger discursos que acabam por servir intenções políticas.

Se a argumentação baseada na razão religiosa não serve para fundamentação de posições políticas num Estado laico, então quaisquer discursos ofensivos à ideia de igual dignidade proferidos na esfera pública e fundados nesse tipo de argumentação deverão ter consequências jurídicas similares àquelas atribuídas a discursos de ódio proferidos por quaisquer outros fundamentos que não gozem de nenhum tipo de proteção jurídica especial. Embora já tenhamos afastado de alguma forma a criminalização do discurso, exceto o incitador de violência real ou discriminação, mas insistamos em situar essas condutas no terreno da proibição, revela existir a intenção de se estabelecer consequências jurídicas no caso de infração dessa proibição.

No caso específico dos membros e/ou líderes religiosos que falem em nome próprio – distinção essa já feita no caso das lideranças políticas – deve igualar-se o impacto do discurso àquele que tenha liderança política e os membros de uma religião a um cidadão comum e aplicar-lhe as sanções previstas para esse tipo de casos. As consequências, assim, serão balizadas de acordo com critérios que avaliem o impacto social do discurso, de modo a que se estabeleça uma medida que logre dissuadir a reincidência e que vise

restaurar o dano causado à sociedade. Certo é que essas medidas serão melhor estudadas mais adiante, motivo pelo qual neste tópico o assunto esgotar-se-á na definição de que a liberdade de expressão religiosa não protege de modo alargado quando se consubstanciar em expressão de ódio na esfera pública, e que esse será regulado tal e qual o que for feito em relação ao cidadão comum, conquanto se estabeleçam condutas desse gênero na legislação.

No mais, na esfera privada e com especial atenção ao discurso de ódio expressado nos locais de culto, é forçoso reconhecer que a liberdade de culto deverá ser invocada e que, portanto, deverá haver uma argumentação mais consistente, a fim de se justificar a intervenção na esfera privada por parte do Estado. Entendemos que o discurso de ódio imbricado com o discurso religioso é de perigo potencial, sendo comparável ao discurso político, conquanto seja notório que o poder exercido por líderes religiosos sobre setores da sociedade tenha o condão de estabelecer uma ordem de valores que, por serem incompatíveis com a igual dignidade humana, possam lesar o princípio democrático. Por outro lado, tanto a liberdade de expressão religiosa como a de culto ficam também seriamente afetadas no caso da proibição. É nesse sentido que reafirmamos que as intervenções nesse campo devem ser balizadas em critérios similares àqueles realizados em relação aos partidos políticos.

A nível da regulação administrativa, o que nos parece justificado nesse sentido será a aplicação de consequências jurídicas do tipo multa, que sejam proporcionais às ofensas praticadas, levando-se em consideração o impacto do discurso na sociedade, a intenção difamatória ou mesmo a reiteração. A aplicação de multas deverá seguir uma lógica dissuasora, na medida em que o património financeiro dessas instituições seja afetado. Essa deverá ser a medida padrão, mas poderá contar, em alguns casos, com medidas complementares como, por exemplo, a retirada de outros tipos de apoios estatais, financeiros ou não, de que possam gozar. Certo é que, do nosso ponto de vista e dentro da restrita margem de atuação do Estado no sentido de tentar compelir as instituições religiosas a abandonarem discursos de ódio contra grupos mais vulneráveis em espaços privados ou de culto, não são muitas as alternativas jurídicas que se apresentem viáveis.

Há alguma experiência jurídica no ocidente com a ilegalização de religiões¹⁹³, o que não nos parece aceitável, do ponto de vista de uma democracia baseada na dignidade humana. Embora possam existir elementos das doutrinas religiosas que incitem ódio contra grupos vulneráveis, também é certo que professar a sua fé é parte do núcleo essencial do direito à expressão religiosa, respeitada a laicidade do Estado, e que merece por isso especial proteção, já que uma eventual proibição interferiria violentamente na autonomia privada dos indivíduos e, portanto, na sua própria dignidade. Certo é também que nessas experiências se tem verificado que a questão fulcral nunca será o discurso de ódio, mas sim um favoritismo em relação a uma determinada religião, o que é totalmente intolerável num Estado laico.

4.4.3. Discurso de ódio e outras organizações públicas e privadas

No que diz respeito às outras organizações públicas e privadas, deverá haver um conjunto de medidas – ainda de caráter administrativo – que poderão ser aplicáveis à generalidade dessas instituições, numa espécie de regime geral de regulação. Escolhemos elencar e justificar essas medidas neste tópico para ilustrar o seu caráter geral de aplicabilidade, em contraste com as medidas específicas aplicáveis aos partidos políticos e às instituições religiosas.

Há um conjunto de medidas de acautelamento do princípio democrático, a nível das consequências jurídicas, que poderá fazer parte de um sistema de controlo global, que deverá implicar na sua aplicação transversal aos setores público e privado, numa variada gama de situações, a serem definidas em cada caso concreto. O que queremos dizer é que deverá existir na malha legal um conjunto de obrigações relativas à proibição do discurso de ódio, na medida em que se pretenda estabelecer que essas organizações adotem códigos de conduta e punam eventuais infrações disciplinares¹⁹⁴.

Para a esfera privada deverá haver o privilégio de autorregulação, enquanto na esfera pública o Estado deverá, ele mesmo, aplicar eventuais punições aos infratores, dentro de uma lógica de controlo interno em cada esfera de poder, de modo a que seja respeitada a sua separação. Essas questões poderão ser sempre apreciadas pelo poder judiciário,

¹⁹³ *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, n.º 302/02, 10 June 2010, ECHR.

¹⁹⁴ WEBER, Anne, *Op. cit.*, p. 83.

para verificação de questões formais e materiais que impliquem descumprimento da lei. É, no entanto, necessário haver órgãos próprios de controlo dentro de cada um dos poderes que fiscalizem essas questões, como por exemplo as inspeções-gerais, os provedores ou quaisquer outros órgãos de fiscalização e controlo.

Já especificamente em relação às organizações privadas, deverá haver a previsão de aplicação da pena de multa, bem como a retirada de eventuais apoios públicos que a organização privada possua, para os casos de falha na autorregulação. Isso não impossibilita, no entanto, a aplicação desse tipo de pena ou mesmo a aplicação de medidas que incluam a dissolução dessas organizações, quando o seu objeto seja o da propagação de ideologias contrárias ao princípio democrático, aqui, mais especificamente, propagadora de ideias de ódio. Nesses casos, a legislação deverá estabelecer consequências jurídicas que tenham como alvo direto a organização¹⁹⁵. Mais uma vez, e no que toca aos direitos fundamentais, teremos a questão da invocação da liberdade de associação no caso da dissolução das organizações, pelo que voltaremos a reforçar a necessidade de uma interferência séria no princípio democrático, no caso de não intervenção do Estado para justificar tal consequência.

Essas mesmas medidas deverão poder ser aplicadas, por exemplo, às instituições de ensino, de desporto, de cultura e aos órgãos de comunicação social. Ressalvadas as responsabilidades específicas derivadas da veiculação do conteúdo que não expresse a opinião do próprio órgão de comunicação social, certo é que todas as responsabilidades específicas dos intermediários ou mesmo dos provedores – no caso da veiculação pela internet – será analisada mais adiante. Cabe aqui apenas ressaltar que esse regime geral de autorregulação e de estabelecimento de consequências jurídicas será aplicável também a esse setor.

Outro ponto de interesse neste aspeto é a possibilidade de aplicação dessas medidas a instituições culturais e o conflito de direitos fundamentais que envolva a liberdade de expressão artística, que também é atingida pelas limitações impostas pela proibição do discurso de ódio nos limites aqui delineados, mas que quando confrontada com a realidade da expressão artística merece uma análise mais acurada. Isso porque a

¹⁹⁵ BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, p. 17.

interpretação artística – como forma crítica ou provocação à reflexão – poderá ser lida das mais variadas formas, sem que haja necessariamente uma intenção de difamar grupos minoritários. Essa análise será sempre complexa, mas não deixará de submeter a expressão artística às mesmas limitações que qualquer forma de expressão ante a proibição do discurso de ódio. Um caso disso mesmo é a exceção feita à sátira, que pela sua natureza de expressão retrata de forma exagerada uma característica ou um conjunto delas, não devendo ser lida pelo público de modo literal e, assim sendo, não admite limitação quanto à sua forma¹⁹⁶. No mais, uma limitação da sátira quando feita a grupos mais vulneráveis criaria, na verdade, um grupo de pessoas que não poderiam ser satirizadas, ajudando apenas a alimentar um tabu social.

Além disso, e no caso específico das instituições de ensino, além de todas as normais obrigações para conter o discurso de ódio na sociedade, haverá a obrigação de uma prestação positiva, no sentido de se educar de modo a reforçar o comprometimento com os direitos humanos e de alertar para o perigo do discurso de ódio¹⁹⁷. Essa obrigação deriva de uma dimensão positiva e social da dignidade humana, qual seja, a de efetivamente promover uma sociedade em que todos os seres humanos sejam iguais em dignidade, o que sem dúvida deverá ser uma missão da educação. Não podemos também ignorar uma eventual restrição que a proibição ao discurso de ódio imporá à liberdade de ensino, no sentido de que incitar, advogar ou justificar ódio de modo a macular a reputação de grupos minoritários não se encontra dentro do âmbito da proteção da liberdade de ensino, pela mesma argumentação já expendida em relação à liberdade de expressão¹⁹⁸.

Temos então que tanto na iniciativa pública como na iniciativa privada é necessária a existência de órgãos internos de fiscalização que apurem uma eventual infração à proibição do discurso de ódio, respeitando sempre o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa – ainda que em caráter administrativo – não excluindo a fiscalização por parte de órgãos externos. Os órgãos de fiscalização, no caso da esfera pública, deverão ser sempre internos ao poder ao qual se submete a instituição, de modo

¹⁹⁶ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 17.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 7.

¹⁹⁸ BRUGGER, Winfried, *Op. cit.* pp. 3-4.

a respeitar a separação de poderes e, portanto, o princípio democrático. Da dimensão social da dignidade humana, nascerá um dever para o Estado de promover uma sociedade livre do discurso de ódio, de modo que nascerá, tanto para os *media* como para as instituições de ensino, a obrigação de uma prestação positiva no sentido de promover esses valores, o que identificamos como uma necessidade de educação para direitos humanos e campanhas de conscientização e alerta para os perigos da estigmatização e do discurso de ódio que reforcem o compromisso das sociedades com o valor da igual dignidade humana.

4.4.3.1. Obrigações e responsabilidades dos meios de comunicação

Afora as limitações impostas às organizações da sociedade civil em geral e, portanto, aos *media* e também as prestações positivas pelas quais esse setor é implicado numa decorrência da realização de um serviço de interesse público, é de se ressaltar que terão um importante papel na difusão de informações e opiniões. O papel da comunicação social é sem dúvida essencial ao debate público, que deverá ser informado. Nesse sentido, a liberdade de informar ou de informação deverá ser localizada no núcleo essencial da liberdade de expressão da comunicação social – ou da liberdade de imprensa –, de modo que, no que interessa para o discurso de ódio, deverá permanecer imaculada, mesmo quando a informação ferir a reputação de um grupo estigmatizado. Esse grande limite negativo à proibição do discurso de ódio – o da liberdade de informar – quando toca a questão da comunicação social deverá ser sempre caracterizado em situações em que se faça a comunicação de um facto, livre de interpretações ou de qualquer tipo de tendência interpretativa, resguardada a possibilidade de simples análise de dados. É certo que tudo o que fugir ao estrito limite aqui desenhado poderá sofrer as normais limitações que propusemos à liberdade de expressão, ainda quando praticada pelos órgãos de comunicação social¹⁹⁹.

Esse conjunto de limitações e obrigações impostas aos *media* funde-se numa proposta de jornalismo ético²⁰⁰, no qual a comunicação social – consciente do seu papel na

¹⁹⁹ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 17.

²⁰⁰ Comissioner of Human Rights, Issue discussion paper, *Ethical journalism and human rights*, 2011, Council of Europe, p. 17.

sociedade – deverá debater e informar de modo consciente, em respeito ao valor da dignidade humana, questão já sobejamente ventilada em tópicos anteriores. Em relação especificamente aos meios de comunicação nasce, no entanto, uma segunda ordem de obrigações, na medida em que serão muitas vezes os meios difusores de opiniões de terceiros. Ao perceber-se que nem todas as expressões propagadas por esses meios serão da autoria desses órgãos, põe-se a questão da obrigação de estabelecer padrões para a veiculação, em atendimento à proibição do discurso de ódio, a ser possível a sua responsabilização em caso de descumprimento e um dever de fiscalização. A responsabilidade dos meios de comunicação pela informação e pelas opiniões que veiculam não se restringe, portanto, às suas próprias opiniões ou dos seus editoriais, mas também às opiniões de terceiros que tenham sido veiculadas.

A responsabilidade pela veiculação tem natureza diversa da responsabilidade administrativa, civil ou penal que recairá sobre o autor das expressões de ódio. Isto porque, dado o seu caráter instrumental para a difusão e sem que haja de facto uma ingerência quanto ao seu conteúdo, resumir-se-á apenas à responsabilidade que nasce do descumprimento de um dever de zelar pela não utilização do veículo na disseminação desse tipo de conteúdo²⁰¹. Afora a questão que se poderá colocar a respeito dessas obrigações de fiscalização, é claro e inequívoco que quando há ciência de que o veículo está a ser utilizado para a propagação de expressões de ódio nasce o dever de agir para cessar essa disseminação. Quando houver ciência da difusão do conteúdo, combinada com a omissão em impedi-lo, nascerá para o veiculador a responsabilidade civil, para além da possível aplicação de consequências jurídicas de natureza administrativa.

Poderão ainda existir consequências jurídicas que sejam adequadas a acautelar o direito ofendido, no caso, a determinação de fazer cessar a difusão das expressões consideradas impróprias e a concessão do direito de resposta, por exemplo. Entendemos que suportar a ônus do cumprimento dessas medidas acauteladoras do direito, *per se*, já representa algum grau de sanção para os casos em que o veículo tiver agido ativamente para a difusão do conteúdo ou se tiver omitido quando ciente da sua propagação através dos seus meios. Caso o direito não fique devidamente acautelado em razão da

²⁰¹ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 december 2015, Council of Europe, p. 51; *Delfi AS v. Estonia* [GC], No. 64569/09, 16 June 2015.

autorregulação, caberá sempre à entidade reguladora determinar administrativamente as medidas que se façam necessárias nesse sentido. Além disso, será de verificar se é necessária a aplicação de multa sancionatória por falha na autorregulação, levando sempre em consideração as circunstâncias do caso concreto e, numa operação ponderativa, verificar a proporcionalidade dessas medidas, uma vez que implicam sempre restrições de direitos.

Especial atenção deverá merecer o instituto do direito de resposta que deverá tentar propiciar a oportunidade de contraditório, resguardando-se a necessidade de se garantir a essa resposta o mesmo impacto que se mensure haver tido o discurso considerado impróprio²⁰². Nesse sentido e, o mais das vezes, o direito de resposta – figura tradicional da regulação na comunicação social ou mesmo no direito civil – poderá ter um papel extremamente importante, na medida em que propicie a oportunidade de se restaurar a legitimidade do debate público, afastando a sistematização da distorção comunicativa. Compreende-se então que o bom uso do instituto do direito de resposta seja uma importante ferramenta para combater o discurso de ódio, sendo ao mesmo tempo medida acauteladora do direito ofendido e medida de natureza sancionatória e reparadora. Ainda, e nos casos de ofensas cometidas por veículos de comunicação, é de se salientar que eventual retratação que seja determinada ou que seja feita voluntariamente deverá também cumprir com as condições que visem replicar o mesmo impacto na audiência, de forma a dar-se à reposta uma visibilidade idêntica à das expressões que a ensejaram.

Essas medidas, que só são aplicáveis em casos em que sejam justificáveis do ponto de vista da proporcionalidade, somente encontrarão razoável argumentação quando das declarações for expectável algum dano ao direito, sob pena de violação da liberdade de expressão²⁰³. Caberá, portanto, às entidades reguladoras e, em último caso, ao judiciário analisar se a expressão tem potencial de dano de considerável gravidade no caso concreto. Aqui, mais uma vez, valerá a premissa de que a ponderação deverá possuir um alto grau de fiabilidade das assunções empíricas, de modo a justificar-se a restrição à liberdade de expressão, na forma da liberdade de imprensa. No caso de incitação direta

²⁰² BRUGGER, Winfried, *Op. cit.*, p. 17; Council of Europe, *Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech”* adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997, Principle 2.

²⁰³ ECRI, General Policy, *Recommendation n° 15 on combating hate speech*, Adopted on 8 December 2015, Council of Europe, p. 51.

à violência ou à discriminação, essa gravidade de interferência é evidente, porém não será apenas nesses casos que os meios de comunicação poderão ser responsabilizados por veicularem discurso de ódio, sendo certo que qualquer expressão que mine a confiança da sociedade no valor da igual dignidade poderá dar azo ao espoliar dessas consequências jurídicas, dependendo da gravidade da lesão ou do perigo de lesão ao direito. Essa responsabilidade dos meios de comunicação será sempre de caráter administrativo ou civil, excluído qualquer tipo de responsabilização penal²⁰⁴. Feitas essas ressalvas quanto à possibilidade de responsabilização dos meios de comunicação, não excluídas eventuais intervenções a nível do direito civil e tendo em mente o caráter preferencial das medidas de natureza regulatória – incluído a possibilidade de revogação de licença para operar, em casos extremos – entendemos que é possível justificar-se a limitação à liberdade de imprensa quando confrontada com o fenómeno do discurso de ódio.

4.4.3.2. O discurso de ódio na internet e os desafios na aplicação da lei

De todos os meios que podem ser utilizados para a difusão do discurso de ódio, aqueles que utilizam a internet serão, sem dúvida, os de maior alcance. Afora toda a possibilidade de propagação de ideias de intolerância com grande impacto, esse meio de difusão traz desafios, principalmente em dois aspetos. São eles a identificação dos responsáveis diretos pela veiculação e pela propagação e a territorialidade (dos ordenamentos jurídicos) em contraste com o caráter global das redes.

Conforme já defendemos, haverá algum tipo de discurso de ódio que incita diretamente a violência e/ou a discriminação contra grupos estigmatizados e que, pelo perigo de dano concreto que representa a direitos fundamentais, merece a criminalização. Desse ponto de vista e quando o crime seja praticado por meio da internet, a dificuldade poderá recair sobre a complexidade de identificar o autor do crime e, posteriormente, sobre a impossibilidade de persecução penal de indivíduos que se encontrem fora do território do Estado e de identificar a lei aplicável ao caso e a jurisdição responsável pela

²⁰⁴ Em alguns países é aceite a responsabilidade criminal dos meios de comunicação quando não removam o conteúdo criminoso em tempo hábil, como a Áustria e a Itália (cf. ECRI, CRI (2000) 27, *Legal Instruments to Combat Racism on the Internet*, Report prepared by the Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne), Strasbourg, 2000, pp. 57 ss.)

persecução penal. Nesse sentido, deverá ser reforçada a importância da responsabilidade dos meios que veicularam a informação, bem como a sua colaboração. Outrossim, é importante ressaltar que muitos países contam com legislação a nível da proteção de dados, baseada no direito fundamental à privacidade, o que pode interferir seriamente com a capacidade investigativa quanto à identificação do autor²⁰⁵.

Será também de grande importância analisar, em relação à territorialidade, as possíveis soluções que têm sido aventadas para superar a problemática da ineficácia da regulação dos meios de comunicação com o advento da internet e, em especial, dos *media* sociais. Nesse sentido, a legislação penal de vários ordenamentos jurídicos define que o critério de aferimento do local e do momento do crime tende a recair sobre o momento da ação que desencadeou a veiculação²⁰⁶. Assim, os locais de armazenamento – ou os servidores – dessa informação definirão o local de cometimento do crime, o que definirá a lei a ser aplicada, bem como a jurisdição responsável pela persecução. Nesses casos existe evidente necessidade de cooperação judicial internacional, dado que o crime cometido num território pode estar a produzir resultados noutro território, havendo um claro e legítimo interesse de ambos na sua solução.

Nesse sentido, as diferenças de doutrina apontadas no capítulo anterior, sobre a liberdade de expressão, têm grande repercussão. Conforme já foi referido, a doutrina americana é maioritária, uma vez que o discurso de ódio faz parte da livre expressão, sendo garantido constitucionalmente esse direito, de acordo com a Primeira Emenda. Assim, há portos de informação localizados nos Estados Unidos da América que, embora contenham informação considerada ilegal em muitos países ocidentais, não podem ser diretamente afetados por nenhuma legislação europeia que tenha por escopo uma doutrina mais restritiva a esse tipo de conteúdo, em razão da territorialidade²⁰⁷. Por este motivo, e falhada a cooperação internacional, há uma nova aposta na autorregulação que tem por alvo as empresas responsáveis pela manutenção de servidores localizados em países onde não há proibição do discurso de ódio²⁰⁸.

²⁰⁵ ECRI, CRI (2000) 27, *Legal Instruments to Combat Racism on the Internet*, Report prepared by the Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne), Strasbourg, 2000, p. 33.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 21.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 24.

²⁰⁸ Vai nesse sentido o recente diploma legal alemão que visa a coerção administrativa dessas empresas através da aplicação de multas por inação quanto à remoção de conteúdo contrário à

Outra problemática que costuma ser levantada é das diferentes responsabilidades que nascem da veiculação desse tipo de conteúdo, dada a quantidade de atores envolvidos nesse processo, o que exige alguma análise um pouco mais aprofundada para que se criem normas eficazes na regulação do fenómeno. Certo é que da análise dos diferentes atores e responsabilidades deverá verificar-se a existência de alguma problemática a nível de direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito às possíveis consequências jurídicas e às diferentes liberdades em discussão. A diferenciação das responsabilidades torna o endereçamento dessas questões mais simples, na medida em que define a possibilidade de identificação de ações e omissões que tenham como consequência a violação da proibição ao discurso de ódio, de acordo com os papéis desses atores na estrutura das redes.

Dentre os diferentes atores devem ser destacados o papel dos provedores de conteúdo, os servidores que armazenam a informação de *sites*, blogues e *media* sociais e os provedores de acesso²⁰⁹. A responsabilização desses atores em matéria civil e administrativa deverá nascer sempre que houver falha na autorregulação, conforme já proposto. Reitere-se ainda a argumentação de que a liberdade de imprensa – na qual recai a regulação dos *media* sociais em vários países – deverá conhecer limitações em relação ao discurso de ódio e, por esse motivo, a sua simples invocação não permite escusar o cumprimento dessas obrigações.

Serão também os atores acima elencados os mais afetados pela proibição do discurso de ódio, os dois primeiros por serem os armazenadores de conteúdo, sendo certo que qualquer remoção de conteúdo dever-lhes-á ser endereçada, e o último por ser o responsável pela identificação do autor da infração, essencial na busca por informação para eventuais persecuções civis ou penais e, como já referido, protegido por leis de proteção de dados em muitos países.

sua legislação (cf. Deutscher Bundestag, Drucksache 18/12727 “Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken [Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG], 14-06-2017)

²⁰⁹ ECRI, CRI (2000) 27, *Legal Instruments to Combat Racism on the Internet*, Report prepared by the Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne), Strasbourg, 2000, pp. 41 ss..

Reforçamos que não entendemos pela possibilidade de extensão de responsabilidade criminal para esses atores, no caso em que tenham eventualmente permitido a veiculação do conteúdo impróprio – ainda que em casos de incitação direta à ofensa a direitos fundamentais – reforçando que a nossa proposta só se considerará legítima, a nível dos direitos fundamentais, conquanto sejam encontradas soluções do ponto de vista do estabelecimento de consequências jurídicas de caráter civil e administrativo, sendo que não consideramos necessário restringir a liberdade de locomoção em razão da mera aquiescência na veiculação de conteúdo que possa ser considerado como discurso de ódio. A solução que propomos será sempre de caráter autorregulatório e, na sua falha, de aplicação de consequências jurídicas de âmbito administrativo – as mesmas aplicáveis aos veículos da imprensa tradicional – ressalvada a possibilidade de responsabilização civil, no que couber, conforme será estudado mais adiante.

4.4.4. A sociedade civil e o direito de protesto

A sociedade civil é atingida pela proibição do discurso de ódio em várias frentes, conforme já demonstrado. É uma regulação que deverá atingir espaços públicos e, em alguma medida, espaços privados de comunicação, com o intuito de quebrar os ciclos de ódio e combater estigmas que custam à sociedade um dano considerável aos seus valores mais caros. Com relação à esfera pública, no entanto, e especificamente em relação às manifestações populares, encontramos um novo conflito de direitos fundamentais, a proibição do discurso de ódio quando expressado em protestos. O direito a protestar é uma derivação da conjugação das liberdades de expressão e de reunião ou assembleia²¹⁰.

Muito embora existam associações que organizam e promovem protestos e que essas organizações estejam adstritas à mesma lógica que já aplicámos aos partidos políticos e demais associações, no sentido de que a liberdade de associação e de expressão poderão ser limitadas em casos de discurso de ódio, os argumentos que legitimam essas restrições seguem a mesma linha argumentativa que já desenvolvemos, na direção da necessidade de regulação da esfera pública, como forma de preservar os valores básicos de uma sociedade democrática, conquanto seja necessário afastar a sistematização da distorção comunicativa que impede que o debate público – essencial à democracia – ocorra de

²¹⁰ *Taranenko v Russia*, No. 19554/05, 15 May 2014.

forma genuína. Portanto será necessário restringir manifestações populares, ainda que sejam espontâneas e que careçam de organização por parte de associação, ou ainda que não tenham uma agenda pré-determinada.

Esta é uma realidade que se afasta daquela que permite concluir por um dano na expressão do discurso de ódio, na medida em que as manifestações espontâneas, ao contrário das organizações que possuam agendas antidemocráticas – não estarão organizadas com a finalidade específica de influenciar o processo democrático e de criar pressão no ambiente político e no debate público, nem organizadas para conquistar o poder. O risco de dano ao princípio democrático no caso de protestos deverá ser submetido ao critério que mais se aproxima da doutrina do perigo concreto e iminente, também adotada pelo TEDH em alguns casos para partidos políticos²¹¹. Desse modo, entendemos que uma série de condições deverá ser levada em conta para que se possa determinar se um protesto é ou não incompatível com o princípio democrático. Só se poderá concluir pela sua proibição quando houver considerável lesão ao núcleo essencial do princípio democrático, mais especificamente à dignidade humana.

É sabido que o direito de protesto encontra diversas limitações em vários Estados, começando pela sua organização, no que tange a minimizar os impactos que eventualmente possa provocar em direitos fundamentais de terceiros como, por exemplo, a proibição de bloqueio de áreas de acesso a serviços públicos de primeira necessidade ou mesmo a informação dos percursos e meios às autoridades locais com antecedência como forma de obter uma autorização para o exercício desse direito. Embora essas limitações sejam sempre discutíveis e devam envolver ponderações de direitos fundamentais em quase todos os casos, o ponto a ser tocado neste tópico diz respeito ao conteúdo dessas manifestações, ou seja, às ideias que expressam e ao modo como o fazem, para que haja uma conexão entre o modo de expressar essas ideias e a organização dos protestos. Será, portanto, nessa combinação de condições que deverá ser analisado se há um risco concreto e iminente que autorizará o Estado a proibir a manifestação.

Esse conjunto de condições terá de revelar a emergência de um perigo concreto de difusão ou promoção da agressão à ideia de igual dignidade, pelo que terão de ser levados

²¹¹ Ver nota 179.

em consideração fatores objetivos, tais como o local escolhido para a manifestação, o tipo de público que visa atingir, o grau de aderência à manifestação, o grau de aderência da sociedade às ideias dessa manifestação, o tipo de violência que tenha a capacidade de gerar, e se degenera ou não em violência real ou insultos contra grupos mais vulneráveis ou meros opositores, para além do fator subjetivo consubstanciado na difamação que tende a promover quando utilizar discurso de ódio. Isso são condições que deverão ser analisadas em qualquer caso concreto que envolva a proibição do fenómeno, mas que no caso dos protestos deverão ser esmiuçadas, de modo a analisar mais acuradamente se a proibição da manifestação se justifica ou não, afastando assim a presunção de dano (ou dano potencial) que defendemos para muitos outros casos.

É certo que um protesto promovido por uma organização que tem por objetivo ou hábito propagar ideias de ódio terá maiores condições de reunir as condições que aqui propomos, mas não se pode proibir a simples aderências às suas convocações tendo por base algum grau de antidemocraticidade na sua agenda. Se à organização é permitido existir, é permitido, à partida, que a sociedade civil atenda aos seus eventos, por decorrência lógica. Tem de se analisar, portanto, que se o evento específico se caracteriza como um perigo concreto e iminente à democracia, isso passa a autorizar a sua proibição. Mais difícil é determinar, no entanto, o tipo de consequência jurídica que se poderá estabelecer, no caso de descumprimento desse tipo de proibição por parte da sociedade civil que não conte com o apoio de nenhuma organização. Tratar-se-á de um caso de desobediência civil que tem por pano de fundo a proibição de uma manifestação, resultante do conflito entre o direito de protesto e o princípio democrático.

As dificuldades situam-se então em dois campos, o da eficácia do tipo de punição que se pretende e o da legitimidade da punição de setores da sociedade civil que simplesmente externem o seu ponto de vista de forma coletiva, independentemente de fazerem parte ou não de associações, em espaços públicos e com vista a influenciarem o debate público, ainda que não necessariamente de modo sistemático e organizado. A justificação para a desobediência civil, nesses casos, será a ideia de que a Constituição é um projeto inacabado²¹² e, portanto, sujeito a mudanças, sendo legítimo a um grupo de

²¹² HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, tradução William Rehg, 1996: Cambridge, Massachusetts, p. 384.

cidadãos propor ideias que entrem em conflito com os valores sociais plasmados na Constituição. Para estes casos, a eventual consequência jurídica estabelecida na norma que preveja uma punição encontra um problema de legitimidade, no sentido de que não consegue ultrapassar o argumento de justificação da desobediência civil, ao mesmo tempo que as medidas acauteladoras do princípio democrático parecem falhar, por inadequação. Restará ao Estado o uso do poder policial na forma de dispersão do protesto, medida que entendemos que só possa ser utilizada se houver perigo, não apenas concreto e iminente, mas também grave, de perturbação da ordem pública, em especial perigo de dano a direitos fundamentais de terceiros, o que deverá ser avaliado sempre dentro de um critério de proporcionalidade²¹³, dispensando-se qualquer intervenção que não seja necessária para a manutenção da ordem pública ou que seja desproporcional em sentido estrito. Todo o eventual dano causado por manifestações pacíficas e imbuídas de discurso de ódio continuarão proibidas, e a não intervenção policial ou administrativa só não se dará por razões de eficácia e legitimidade, conforme já ilustrámos. Assim sendo, será na seara civil se deverão dirimir eventuais conflitos que exsurjam dessas manifestações.

4.5. Regulação de natureza jurídico-civil

Esgotados ou não todos os meios de regulação administrativa, incluindo as propostas pela autorregulação e o seu necessário controlo externo, ficará ao encargo do direito civil dirimir eventuais outros conflitos decorrentes da infração à proibição do discurso de ódio, especialmente no que diz respeito àquelas que envolvam dano menor ao património jurídico de terceiros ou que não tenham encontrado no direito administrativo ou penal uma resposta adequada. O papel do direito civil será, nesse sentido, subsidiário e/ou cumulativo com outras medidas que visem acautelar o princípio democrático, a ser aplicável não apenas de acordo com a máxima do dever de indemnizar por ato ilícito, mas também a impor medidas alternativas que sejam capazes de criar obrigações de fazer ou de não-fazer. Será, sem dúvida, um terreno de convergência com a legislação administrativa, sendo que em muitos casos será útil delimitar esses campos de atuação, especialmente quando essas medidas forem subsidiárias umas às outras.

²¹³ *Vona v. Hungary*, No. 35943/10, 9 July 2013.

Escolhemos categorizar essa gama de consequência jurídicas por “jurídico-civis”, pois recaem sobre relações entre particulares. São medidas entendidas como subsidiárias e/ou cumulativas por serem aplicáveis quando as medidas propostas no âmbito administrativo não forem legítimas e/ou suficientes, deixando para o particular – na figura de pessoas naturais ou coletivas – o ônus e a legitimidade para promover essas reparações. A sanção de caráter civil deverá obedecer, contudo, a uma lógica de prevenção e de reparação, na medida em que obedeça ao duplo caráter da pena que aqui temos defendido, o dissuasor da conduta (pelo condenado e pela sociedade) e o reparador do dano. Certo é que a maior parte das prestações originadas por essas condenações serão pecuniárias, na medida em que se possa proceder à quantificação de um dano causado aos particulares e a sua conversão em pecúnia.

Desse ponto de vista é importante salientar que o dano que aqui mais nos interessa é o dano coletivo²¹⁴, uma vez que já caracterizámos que o discurso de ódio só se caracteriza propriamente se for capaz de produzir uma espécie de dano à reputação de grupos. O discurso de ódio, contudo, acarreta uma dupla ofensa que atinge a honra de grupos vulneráveis – por meio da sua difamação – e o princípio democrático. Certo é que nesses casos o que será adequado perseguir por via do direito civil será a reparação de danos causados à honra coletiva de grupos estigmatizados. A tutela dos interesses coletivos, aqueles que abrangem toda a sociedade, deverá ser feita pelo Estado e a este não será legítimo processar civilmente um cidadão ou um grupo de cidadãos em busca de indemnizações por ofensa a valores coletivos, esgotando-se a possibilidade de perseguir esses objetivos, nas medidas já propostas, no âmbito do direito administrativo e penal.

No entanto e tendo em consideração a ofensa à honra coletiva dos grupos estigmatizados, vitimados por discursos que advogam, justificam ou incitam o ódio contra si, na forma do reforço de um estigma presente na sociedade, o que nos importa é a ofensa ao direito fundamental à honra individual, que será parte do direito à integridade mental e, portanto, da dignidade desses indivíduos. É da ofensa a esse direito fundamental que emerge a possibilidade de se buscar em juízo uma reparação civil, pelo estabelecimento

²¹⁴ O reconhecimento da possibilidade de dano moral coletivo já é aceite em diversos ordenamentos jurídicos, sendo que a sua origem tende a ser verificada maioritariamente no Direito do Consumidor, embora o seu cabimento esteja a estender-se para outros direitos considerados difusos ou coletivos, contando em muitos casos com instrumentos próprios de tutela (são exemplos a *Representative Action* inglesa e a *Action d'intérêt publique* francesa).

de uma consequência jurídica capaz de dar conta de promover uma reposição, sem perder de vista o caráter pedagógico da pena. Neste aspeto, não se propõe uma série de dispositivos de lei que pormenorizem as possibilidades nesses casos, mas sim uma liberdade da parte de pedir o que se apresente adequado, com base na necessidade de reparação por ato ilícito.

As medidas reparatorias de natureza jurídico-civil, que com frequência trazem alguma restrição ao direito fundamental à propriedade, já que comumente se traduzem em prestações pecuniárias, não se devem esgotar nessa solução. A tentativa de mensurar o dano moral e traduzi-lo em prestação pecuniária, longe de ser uma das formas mais desejáveis de solução nesses casos, tratar-se-á de uma espécie de substitutivo de soluções que visem um melhor acautelamento da honra desses indivíduos, tais como as retratações de maneira geral. Do ponto de vista dos direitos fundamentais, são medidas restritivas da liberdade, uma vez que restringem a autonomia individual, através do uso da coerção do direito e, por isso, devem ser utilizadas sempre proporcionalmente ao dano causado.

A adequação de cada uma dessas medidas dependerá sempre do caso concreto, a impor-se uma análise o mais acurada possível das circunstâncias específicas do caso, para que se determine qual ou quais se apresentam adequadas sob o aspeto da eficácia do seu caráter pedagógico. A necessidade acabará por determinar uma gradação, na qual as mais gravosas – ou mais restritivas – sejam aplicadas apenas em casos em que de facto não haja possibilidade de aplicar uma medida menos gravosa. Por fim, haverá sempre a necessidade de analisar a proporcionalidade em sentido estrito de cada uma das possíveis consequências jurídicas na figura da quantidade de tempo ou o *quantum* indemnizatório.

É importante assinalar que não há aqui uma pretensão de esgotar as possibilidades no sentido de apresentar consequências jurídicas adequadas no âmbito jurídico-civil, e que tudo o que se coloca nesse sentido é com o objetivo de argumentar pela existência de pletora de possibilidades na malha jurídica, consubstanciada ou não em questões já consagradas, que poderão atender à finalidade de quebrar os ciclos de ódio de maneira mais eficaz do que medidas restritivas de liberdade, garantindo a liberdade de expressão, para que não se estabeleçam consequências desproporcionais nem inócuas. Trata-se

então de demonstrar que há miríade de possibilidades jurídicas que extrapolam o senso comum da criminalização desse tipo de fenómeno, na forma de soluções intermediárias.

4.5.1. A reputação individual e a reputação coletiva

A ofensa à honra – ou à reputação – dos indivíduos, embora seja um efeito lógico e esperado do discurso de ódio, tende a ter tratamentos jurídicos diferentes, na nossa conceção, quando projetada sobre a honra individual e a coletiva. Leve-se em consideração que um indivíduo que se tenha ofendido por eventuais declarações depreciativas ligadas à sua pertença a um grupo estigmatizado poderia naturalmente pleitear uma demanda de natureza cível que vise a reparação desse dano. É a figura clássica do dano moral, comumente traduzido em prestação pecuniária como forma de reparação do dano causado e de punição ao causador do dano. Já a ofensa à honra de um grupo – ou à honra coletiva, como já nos referimos – é o resultado de uma difamação a um grupo determinável de indivíduos, ligados uns aos outros por um elemento em comum. Esse elemento em comum já foi ventilado em capítulos anteriores e, para o que nos interessa, será sempre um elemento associado negativamente e que se caracterize como parte de um estigma presente na sociedade.

Há uma diferença de fundamento entre o dano à honra individual e à honra coletiva. Enquanto a honra individual se traduz juridicamente no direito fundamental à honra e poderá sofrer danos ante o discurso de ódio, a potencialidade danosa desse fenómeno não se esgota num simples dano à honra individual, mesmo que considerada em conjunto, conforme já explicámos. Recupere-se a noção de que o discurso de ódio quer minar a confiança na ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade e, a partir daí, será possível determinar que é esperado que haja uma diferença de tratamento social ou mesmo alguma violência contra essas pessoas, por toda a lógica já explicada. Como referimos, isso implica num dano duplo: um social e um para cada uma dessas pessoas individualmente. Ocorre que essas pessoas, consideradas na sua coletividade, terão um interesse especial em combater esse discurso e a propagação do estigma que as atinge e é nesse sentido que surge a legitimidade dessas pessoas, enquanto coletivo que são, protegerem a sua reputação e buscarem reparação pela ofensa. Não se quer dizer, portanto, que os indivíduos que se sintam ofendidos na sua honra não tenham legitimidade para defendê-la individualmente, mas sendo o elemento comum a todas

essas pessoas o fator de união em torno desse objetivo, entendemos que se possa falar em honra coletiva – ou reputação coletiva – juridicamente²¹⁵.

Isso traz implicações que complexificam a situação a nível do direito civil, já que o instituto tradicional de indemnização por dano moral cuida de um dano individual e não de um dano coletivo. Certo é que no caso do discurso de ódio passará a haver um certo interesse público, para além dos interesses individuais, os quais serão comungados por um setor da sociedade. Não se trata de um interesse difuso, meta-individual e, portanto, indeterminável quanto ao conjunto de cidadãos que irá afetar, será antes um legítimo interesse coletivo, sendo que é possível identificar os elementos que unem esses grupos sociais e defini-los precisamente. Nesse sentido, pode considerar-se que o interesse, nesse aspeto, se situa num campo de convergência entre os direitos individuais e coletivos, o que justifica a natureza de sanção-reparação que queremos estabelecer nas consequências jurídicas que se estabelecerão na sequência.

Os desdobramentos da definição desse interesse como público-privado não se esgota na questão das consequências jurídicas, já que o facto da titularidade desses interesses pertencer a um coletivo aduz a possibilidade de representação desses coletivos por organizações que legitimamente representem os seus interesses. São exemplos disso não apenas os partidos políticos e/ou organizações não governamentais, mas também os órgãos do Estado que tenham competência para representá-los, tais como o Ministério Público. Essa representação deverá ser própria de cada ordenamento jurídico, bastando para os nossos estudos reafirmar a natureza do direito em questão.

Dentro da lógica apresentada, podemos definir que haverá diferentes juízos de adequação para cada uma das finalidades da pena, que poderão ser combinados numa única medida ou não. A medida que visa a sanção deverá ser adequada à finalidade punitivo-pedagógica da pena, enquanto a medida que visa a reparação deverá ser adequada à finalidade reparadora da pena. É também certo que a solução clássica do direito civil – qual seja, a prestação pecuniária em favor das vítimas – encerra em si esse duplo carácter e que as medidas consubstanciadas em obrigação de fazer ou de deixar de fazer – como, por exemplo, obrigação de cessação do dano ou retratação – poderão ou

²¹⁵ WALDRON, J., *Op. cit.*, p.54.

não possuir esse duplo caráter, razão pela qual defendemos que é não apenas possível, mas também recomendável, a cumulação dessas medidas, sempre com atenção ao caso concreto, encontrando nas suas circunstâncias a causa da aflição das vítimas, fazendo-a cessar e procurando formas de reparar o dano já causado.

Poderemos falar, portanto, como já foi afirmado, num conjunto de medidas que são mais características das searas administrativa e penal do que da seara civil, no sentido de que procuram sancionar o comportamento para preservar algum interesse público, e também de medidas acauteladoras do direito, consubstanciadas em obrigações de fazer ou de não fazer. Dessa maneira, deverá justificar-se a aplicação de medidas restritivas da liberdade sempre que elas se mostrem necessárias, e o seu estabelecimento deverá ainda atender a uma análise de proporcionalidade em relação ao dano causado. Outro limite que se deve impor na aplicação dessas medidas será a proibição de se punir mais do que uma vez pelo mesmo facto, o que acaba por ser uma decorrência do próprio princípio da proporcionalidade. É importante que se tenha em mente que dentro de uma lógica que reconhece como legítima uma determinada coletividade poderá haver uma multiplicidade de demandas que versem sobre a mesma questão. Afora os institutos próprios da processualística civil para lidar com esse tipo de fenómeno, devemos indagar-nos de que forma se relacionam.

Nesse sentido, parece-nos que da ofensa à honra individual nasce a legitimidade da persecução da reparação do dano causado, assim como nasce também a legitimidade para a persecução da sanção-reparação da ofensa à honra coletiva. Nesses dois casos, mais uma vez, parece-nos claro que haverá a ocorrência de ambas que não poderão ser cumuladas. Se individualmente alguém se sentir ferido na sua honra por pertencer a uma coletividade, a honra ofendida será a honra coletiva, não havendo, portanto, uma legitimidade para se demandar em juízo individualmente a reparação desse dano²¹⁶. Por outro lado, se o discurso afetar especialmente alguém em particular, o que se deverá analisar será a possibilidade de uma ofensa à honra individual e à honra coletiva, sendo que isso se justificará pelas circunstâncias do caso concreto. Não é, no entanto, nosso objetivo aprofundar um estudo a respeito da legitimidade para pleitear a demanda civil

²¹⁶ Um exemplo é a recente decisão canadiana que estendeu a possibilidade de aplicabilidade de utilização do instrumento processual previsto no *Class Proceeding Acts 1992, S.O. 1992, C. 6* para os casos de discurso de ódio (cf. *Hudspeth v Whatcott*, 2017, ONSC, 1708)

nesses casos, sendo que todas as considerações que se fazem partem de uma certa lógica para ilustrar a diferença entre a ofensa à honra individual e a coletiva. As medidas mais comuns, em espécie, serão analisadas no tópico que segue.

4.5.2. O direito à indemnização, a sua quantificação e a possibilidade de aplicação concomitante de medidas acauteladoras do direito

Ainda no que concerne às consequências jurídicas da proibição do discurso de ódio, mais especificamente no que toca ao dano à honra de um grupo estigmatizado, é importante ressaltar que as soluções da seara civil serão sempre menos desejáveis do ponto de vista da fragilidade da representação desses grupos em sociedades em que sejam muito vulneráveis e das limitações que poderão encontrar nas medidas que se apresentem adequadas a esse ramo do direito. É nesse sentido que reforçamos o caráter subsidiário e/ou complementar que essas soluções devem ter na malha legislativa e também da necessidade de reconhecimento da hipossuficiência desses grupos, mesmo enquanto coletivos, deixando ao encargo do Ministério Público e de organizações que representem essas associações legitimamente a sua representação²¹⁷.

É ainda importante reconhecer que a prestação pecuniária, embora seja uma solução clássica nesse ramo do direito e que se apresente adequada para todos os casos em virtude do seu caráter sancionador-reparador, não deverá ser a solução preferível, conquanto seja possível o estabelecimento de medidas acauteladoras do direito, sobretudo quando a natureza do caso revelar que isso seja possível. Nesse sentido, a cumulação dessas medidas parece-nos a fórmula mais adequada para esses casos. É necessário ressaltar, então, a natureza subsidiária da prestação pecuniária, no sentido de que ao aplicarem-se medidas acauteladoras do direito que encerrem já em si mesmas alguma sanção – o que deverá ocorrer sempre, já que tendem a ser medidas restritivas de direitos – ficará ao encargo da prestação pecuniária suprir eventual falta de reparação. É nesse sentido que entendemos pela subsidiariedade e/ou complementaridade da prestação pecuniária.

O dever de indemnizar é uma decorrência da responsabilidade civil que nasce para o causador do dano, em razão da sua ação ou omissão ilícita. Quando esse dano puder ser

²¹⁷ MINOW, Martha, *Breaking the cycles of hatred: Memory, law, and repair*, Princeton University Press, 2009, pp. 95 ss..

minimizado ou reposto de forma não pecuniária, seja por ação voluntária ou involuntária do causador do dano, essa circunstância deverá ser levada em consideração no momento da mensuração do mesmo: é essa a consequência principal da subsidiariedade da prestação pecuniária em relação às demais medidas possíveis. A mensuração do dano e a consequente quantificação do *quantum* indenizatório deverão ter caráter similar às operações ponderativas realizadas em momentos anteriores, porém sob um enfoque diferente. Será necessário levar em consideração fatores relacionados com o impacto do discurso, tais como a aderência da audiência, os meios de difusão, o teor do discurso ou mesmo se incitou diretamente a violência real ou a discriminação desses grupos. Para esse efeito, essa análise deverá ser feita do estrito ponto de vista do dano à honra que causou às vítimas, sendo presumida a ocorrência do dano e sendo apenas necessário o estabelecimento de critérios que o quantifiquem. Não se deve analisar apenas a extensão do dano para se quantificar a medida, no caso de estabelecimento de uma prestação pecuniária. É importante levar sempre em consideração a situação econômica do ofensor, para que se atenda o caráter sancionatório da medida, quando a aplicação de consequências jurídicas com essa finalidade ainda não tiver sido esgotada.

Entre as diversas circunstâncias que deverão mitigar o dano, a figura da retratação talvez seja das mais importantes, sendo certo que os seus efeitos na mensuração do dano causado deverão partir de uma análise da voluntariedade e do momento em que ocorreu. A retratação idealmente deverá ter o mesmo impacto da expressão que causou o dano, devendo ser comunicada nos mesmos termos e em circunstâncias idênticas. A retratação é uma prova de boa-fé e deve não apenas ser levada em consideração no momento da aplicação da pena – quando espontânea – como também deverá ser estimulada. Não só é simbólico, como também altamente eficaz na quebra dos ciclos de ódio, que o próprio autor da expressão difamadora expresse o seu arrependimento ou mesmo esclareça que se poderá ter expressado de maneira equivocada. Nesse sentido, portanto, é correto afirmar que a retratação espontânea e em momento anterior à decisão, reduz o dano causado e, ao mesmo tempo, indica uma menor reprovabilidade da sua conduta²¹⁸.

²¹⁸ Council of Europe, *Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech”* adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997, Principle 2.

A retratação poderá ainda ser uma possível consequência jurídica estabelecida como alternativa preferível à indenização, sendo que, nesse caso, não deverá ser considerada para efeitos de análise da aplicação da sanção, considerando-se o seu caráter sancionatório, mas com pouca aptidão para reparar o dano, uma vez que possuirá natureza maioritariamente sancionatória. Com a retratação o dano é certamente reduzido, porém não extinto, motivo pelo qual afastamos a possibilidade de aplicação de sanção consubstanciada apenas numa retratação ou mesmo de a mesma ser valorada como elemento suficiente para extinguir o dano e, portanto, levar a uma extinção da obrigação de indenizar. A retratação será, portanto, um importante instituto de composição civil, que deverá ser sempre estimulado nesses casos, não apenas por ter o condão de satisfazer, em parte, as vítimas – na medida em que se restaure a sua dignidade – como também pode servir como fator de engajamento do ofensor na reparação do dano causado, o que entendemos ser extremamente desejável em relação ao discurso de ódio.

Mesmo com a retratação e com a determinação de indenização por danos morais, face ao dano à reputação coletiva de grupos estigmatizados, outras medidas poderão ser adequadas ao caso concreto, sendo que deverá ser analisado se alguma delas possui ou não caráter sancionatório ou reparatório e levar essa aplicação também em consideração no momento da mensuração do dano e da estipulação da pena. Importante frisar que essas medidas são acauteladoras do direito do ofendido – no caso a honra – e não será estabelecida em razão de necessidade de sancionar o ofensor ou de se reparar o dano. O que se quer com esse tipo de medidas, a exemplo do já aludido em tópicos anteriores (que tratam das medidas de natureza administrativa), é resguardar o direito fundamental à honra das vítimas enquanto coletivo. Essas medidas são diversas e o juiz deverá sempre atentar-se ao já determinado em instâncias administrativas, sob pena da inocuidade ou desproporcionalidade. A forma de organização judiciária e de repartição de competências, naturalmente, será própria de cada Estado, o que impede aqui maiores aprofundamentos, sendo certo que as medidas que poderão aqui ser determinadas são as mesmas que podem ser tomadas em matéria administrativa e que tenham por escopo especialmente a cessação do dano.

5. Conclusão

O fenómeno do discurso de ódio, quando abordado do ponto de vista jurídico, apresenta uma discussão elementar no que diz respeito aos direitos fundamentais. Ao longo desta investigação abordou-se a conceptualização do fenómeno que veio a desdobrar-se na identificação dos princípios constitucionais, direitos fundamentais e outros bens jurídicos afetados. Essa discussão permitiu-nos, em última análise, concluir que é possível e justificável a proibição desse discurso em ordenamentos jurídicos que não tenham na liberdade de expressão um direito fundamental absoluto. Superado esse ponto, e colocada a experiência jurídica de ordenamentos que adotam diferentes pontos de vista, é possível passar a uma análise mais acurada das consequências jurídicas possíveis no caso de violação a essa proibição. Isso permitiu-nos um deslocamento da discussão do campo da possibilidade da proibição para o campo da eficácia, legitimidade e proporcionalidade das soluções apresentadas, de modo que esse debate poderá contribuir na forma como a argumentação é colocada por setores da doutrina que são mais resistentes à restrição da liberdade de expressão.

A decorrência principal deste estudo acaba por ser a exploração de toda a possível malha legislativa que, ao respeitar o critério da proporcionalidade e levar em consideração os diversos direitos fundamentais, princípios e bens jurídicos envolvidos, acaba por reinterpretar a questão do discurso de ódio. Ao superar-se o paradigma da possibilidade ou não de limitação da liberdade de expressão face à criminalização das condutas é possível aventar soluções mais eficazes e menos restritivas de direitos fundamentais. As soluções, conforme o exposto, são de grande diversidade e é possível apontar grandes tendências como a autorregulação para o setor privado, sempre com a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas por órgãos fiscalizadores externos ou mesmo a possibilidade de regulação de partidos políticos ou da imprensa, de modo a que sejam também atingidos pelas consequências jurídicas da violação à proibição do discurso de ódio. Essas propostas, ainda que excluam em grande parte dos casos a possibilidade de criminalização, não prescindem totalmente do direito penal. As medidas de natureza civil ou administrativa levam sempre em consideração a adequação, a necessidade e a proporcionalidade das eventuais restrições de direitos fundamentais. Nesse sentido, as medidas mais apropriadas terão sempre a ver com o acautelamento dos direitos fundamentais e princípios constitucionais atingidos pelo discurso de ódio, bem como

eventuais sanções e reparações que se apresentem também conformadas com o princípio da proporcionalidade.

Para se chegar a isso, no entanto, é necessário definir um conceito de democracia e reconhecer no seu núcleo essencial a dignidade da pessoa humana. A democracia vista como um mero regime de maioria, com regras próprias para definir a composição da representatividade dos eleitores, ou como simples processo decisório como um fim em si próprio, é um conceito vazio que não explica suficientemente o seu estatuto de princípio constitucional. Para sê-lo terá necessariamente de encerrar uma carga ideológica e um projeto de sociedade que, embora mutável ao longo do tempo, deverá resguardar a dignidade humana e o valor que contém. Partindo da ideia de que a dignidade humana é um pilar fundamental das democracias ocidentais contemporâneas e a fonte dos direitos fundamentais passa a ser impossível a assunção, por parte do Estado, de uma posição de neutralidade face às ameaças que se façam a esse património axiológico conquistado ao longo da história.

Assumir essa defesa não será o mesmo que calar a dissidência, mas sim calar certa dissidência que tenciona promover a fratura social através do ataque a minorias. Essa argumentação, embora de cunho político-social é fundamental à discussão jurídica, a partir do momento em que será ela quem legitima as nossas posições. Essa investigação tem, portanto, um viés político-social, mas não se esgota nele, na medida em que são endereçadas questões jurídicas de toda natureza, mas em especial aquelas atinentes aos direitos fundamentais, que é o tema central de todo o debate e matéria prima essencial utilizada na construção das nossas posições. A exploração dessas questões tem ainda carácter argumentativo, no sentido de que demonstra a compatibilização de inúmeros ordenamentos jurídicos da proibição do discurso de ódio com a liberdade de expressão, sendo que apontámos os eventuais excessos quando julgámos necessário.

Por outro lado, é forçoso notar alguma falibilidade das prestações negativas que nunca poderão ser suficientes em si mesmas para dar conta de toda a problemática, sendo certo que as prestações positivas derivadas da interpretação dos direitos fundamentais deverão ser um ponto chave na materialização desses direitos. Ainda é de se alertar para o perigo de interpretações demasiado extensivas ou vagas que permitem – essas sim – uma utilização da restrição às liberdades para fins diversos daquele que deverá ser sempre a

proteção da dignidade humana e das democracias que nelas se tenham fundado. Não se pretende de nenhuma forma sugerir que ordenamentos jurídicos diversos homogeneizem o tratamento da questão, como se poderia inferir do caráter de universalidade proposto para o conceito de dignidade humana. É antes nosso objetivo basear a discussão em pensamentos jurídico-filosóficos comuns a esses diversos Estados, de modo a que se possam – através do direito comparado – encontrar tendências e influências comuns que sejam úteis nessa discussão, para que se supere a argumentação de que será possível numa democracia a defesa da exclusão de direitos para setores da sociedade, sem que essa dinâmica mine a existência da democracia em si mesma.

6. Referências bibliográficas

Doutrina

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia: incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH* in Revista española de derecho consitucional, Madrid, a.33 n.97 (Enero-Abril2013)
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Víctimas y disidentes: el discurso del odio en EE. UU. y Europa*, in Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, a.35 n.º 103 (enero-abril 2015), pp.45-86
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Discurso del odio y discurso político, En defensa de la libertad de los intolerantes*, in Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2012, n. 14-02 (disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>)
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal*, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2016, n.º 18-11, pp. 1-55. (Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-11.pdf>)
- ALEXY, Robert, *Formal Principles: Some replies to the critics*, in Oxford University Press and New York School of Law, ICON (2014), Vol. 12, n.º 3, pp. 511-524
- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008
- ALEXY, Robert, *Human Dignity and Proportionality Analysis*, in Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL], v. 16, n.º. 3, pp. 83-96, Edição Especial 2015, Joaçaba, UNOESC, 2016
- ALEXY, Robert, *On Balancing and Subsumption, A Structural Comparison*, in Ratio Juris, n.º. 16, vol. 4, 2013, pp. 433-439
- ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew, *Social media and fake news in the 2016 election* in Journal of Economic Perspectives, Vol. 31, n.º 2, 2017, pp. 211-236
- ARENDT, Hannah, *Origens do Totalitarismo*, tradução Roberto Raposo, São Paulo, Companhia das Letras, 1998, 3ª reimpressão
- ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*, tradução de Carlos Ribalta, Barcelona: Ed. Lumen, 2003
- BARROSO, Luís Roberto, *Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse*, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012), pp. 331-393
- BAUMAN, Zygmunt, *Retrotopia*, First published, Cambridge, UK Malden, MA: Polity, 2017
- BLIGH, Gur, *Defending democracy: A new understanding of the party-banning phenomenon*, Vand. J. Transnat'l L., 2013, 46: 1321 (disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.2006.00241.x/abstract>)
- BLUMER, Herbert, *Symbolic Interactionism: Perspective and Method*, Berkeley: University of California Press, 1986
- BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Dicionário de política*, tradução Luis Guerreiro Pinto. 12.ª Edição, Brasília: Universidade de Brasília, 1999
- BRUGGER, Winfried, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law* (pts. 1 & 2), 3 GERMAN L.J. No. 12 (Dec. 2002)

BUYSE, Antoine, *Words of violence: "fear speech" or how violent conflict escalation relates to the freedom of expression*, Human Rights Quarterly, 2014: Baltimore, v.36 n.º 4, pp. 779-797

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *El discurso del odio y su prohibición*, traducción de Leonardo Álvarez Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n.º 35 (2012), pp.437-475

DAVID, A. J. Richards, *Free Speech and the Politics of Identity*, New York: Oxford University Press, 1999

DOBRYAKOVA, Natalia, *Hate speech in Russian Legislation and the responsibility of the internet service providers* (disponível em: <https://www.law.uw.edu/media/1393/russia-intermediary-liability-of-isps-hate-speech.pdf>)

DWORKIN, Ronald, *Is democracy possible here?: Principles for a new political debate*, Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2008

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, tradução Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid: Ed. Trotta, 1995

FOUCAULT, Michel, *A Ordem do Discurso. Aula inaugural no Collège de France. Pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio, São Paulo: Loyola: 1996

GOISIS, Juliana, *Libertà d'espressione e odio omofobico: la Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano, Nuova Serie a.56 n.1 (Gennaio-Marzo 2013), pp.407-441

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 5ª Ed., 2002.

GOFFMAN, Erving, *Stigma: Notes On The Management Of Spoiled Identity*. Englewood Cliffs, N.J. Prentice-Hall, 1963

GREVEN, Thomas, *The rise of right-wing populism in Europe and the United States*, Freidrich Ebert Stiftung, 2016 (disponível em: http://www.fesdc.org/fileadmin/user_upload/publications/RightwingPopulism.pdf)

HABERMAS, Jürgen, *Religion in the public sphere*, in European journal of philosophy, 2006, 14.1, pp. 1-25

HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, tradução William Rehg, 1996: Cambridge, Massachusetts

HABERMAS, Jürgen, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, n.º 41, 2010, Metaphilosophy

HARMON-JONES, Eddie, *Clarifying the emotive functions of asymmetrical frontal cortical activity*, Psychophysiology, 40, Blackwell Publishing Inc., 2003 (disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1469-8986.00121/full>)

HAUPT, Claudia E., *Regulating Hate Speech – Damned If You Do And Damned If You Don't: Lessons Learned From Comparing The German And U.S. Approaches*, 2005: Boston University International Law Journal, Vol. 23 (299), pp. 299-335

KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals (1785)*, in Rethinking the Western Traditions edited and translated by Allen W. Wood (New Raven, CT: Yale Universtity Press, 2002)

KEEN, Ellie e GEORGESCU, Mara, *Referências: Manual para o combate ao discurso de ódio online através da educação para os direitos humanos*, tradução Maria João Dornelas, Lisboa, Fundação Calouste Gubenkian, Edição revista, 2016

LEVIN, Brian, *Special Status Report: Hate Crimes Rise in Most American Localities in 2016*, San Bernardino, CA: Center for the Study on Hate and Extremism, 2017

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora, 2002

MARSHALL, Jill, *Personal Freedom Through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden, 2009

MCGONAGLE, Tarlach, et al., *The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges*, Expert paper, doc. no, 2013, 1900.2013: 005

MELLO, Marco Aurélio, *Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito* in Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana, coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2008

for Media and Information Society, Belgrade, 7–8 November 2013

MILL, John Stuart, *On liberty*, Kitchener: Batoche Books Limited, 2001

MINOW, Martha, *Breaking the cycles of hatred: Memory, law, and repair*, Princeton University Press, 2009

NEVES, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Martins Fontes, 2007

POPPER, Karl, *The open society and its enemies*, London: Routledge, 1947

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999

ROXIN, Claus, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, 2.^a Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

ROXIN, Claus, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, tradução de Diego-Manuel Luzon Pena, Madrid: Réus, 1976

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4889/4683>)

SARLET, Ingo Wolfgang, *As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana. Construindo uma Compreensão Jurídico-Constitucional Necessária e Possível* in Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC n.º 09 – Jan/Jun 2007, p. 372 (disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137>)

SCHAUER, Frederick, *The Exceptional First Amendment*, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2005 (disponível em: <https://ssrn.com/abstract=668543>)

SCHAUER, Frederick, *The Sociology of the Hate Speech Debate*, Villanova Law Review, 1992, 37.4 pp. 805-819

SERRANO VILLAFANE, Emilio, *La violencia y el odio y su papel en la política del mundo actual*, in Revista de estudios políticos, Madrid, n.º 192 (Noviembre-Diciembre 1973), pp.75-102

SILVA, Virgílio Afonso, *Direitos Fundamentais e Liberdade Legislativa: O Papel dos Princípios Formais*, in Estudos em Homenagem do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canutinho, Vol. III, Direitos e Interconstitucionalidade entre Dignidade e Cosmopolitismo, Organização Fernando Alves Correia, Jonatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012, versão e-book Kodo.

to Liberalism, nº.1, John Christman & Joel Anderson eds., 2005
 WEBER, Anne, *Manual on hate speech*, Estrasburgo: Council of Europe, 2009.
 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*, tradução José Arthur Giannotti, São Paulo: Companhia Editor Nacional/Editora da Universidade de São Paulo, 1968.
 ZAPATER, Máira Cardoso, *Quando o poder da palavra constrói a palavra do poder*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a.21 n.103 (julho-agosto 2013), pp.323-352

Instrumentos jurídicos e interpretativos diversos

Comissão das Comunidades Europeias, Instrumentos jurídicos para combater o racismo e a xenofobia: estudo comparativo dos instrumentos jurídicos adoptados nos vários Estados-membros para combater todas as formas de discriminação, de racismo e de xenofobia e de incitamento ao ódio e à violência racial – Instituto Internacional dos Direitos do Homem - Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 1992
 Commissioner of Human Rights, Issue discussion paper, Ethical journalism and human rights, 2011, Council of Europe
 Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997
 Conselho da Europa, Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia
 Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5
 Council of Europe, Convention on Cybercrime, 23 November 2001
 Council of Europe, Declaration on Freedom of Political Debate in the Media adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 12 February 2004
 Council of Europe, European Social Charter (Revised), 3 May 1996, ETS 163
 European Union: Council of the European Union, Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, 10 November 1997
 Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011) 7 of the Committee of Ministers
 Council of Europe, Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech” adopted by the Council of Europe, Recommendation No. R (97) 21 on the media and the promotion of a culture of tolerance adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 October 1997
 ECRI, Charter of European Political Parties for a Non-racist society, 26 February 1998, Council of Europe
 ECRI, CRI (2000) 27, Legal Instruments to Combat Racism on the Internet, Report prepared by the Swiss Institute of Comparative Law, (Lausanne), Strasbourg, 2000
 ECRI, General Policy, Recommendation n.º 6 on Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the internet, adopted on 15 December 2000, Council of Europe
 ECRI, General policy, Recommendation n.º 7 on national legislation to combat racism and racial discrimination on the internet, adopted on 13 December 2002, Council of Europe

ECRI, General policy, Recommendation n.º 13 on combating anti-gypsyism and discrimination against Roma, adopted on 24 June 2011, Council of Europe

ECRI, General Policy, Recommendation n.º 15 on combating hate speech, Adopted on 8 December 2015, Council of Europe

Organization of Security and Cooperation in Europe, Libel and Insult Laws: A Matrix on Where We Stand and What We Would Like To Achieve: A Comprehensive Database on Criminal and Civil Defamation Provisions and Court Practices in the OSCE Region, 2005, Vienna

UN General Assembly, Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 3 February 1992, A/RES/47/135

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations

UN General Assembly, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, United Nations

UN General Assembly, Prevention and punishment of the crime of genocide, 9 December 1948, A/RES/260

UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation, 2010, HR/PUB/10/3

United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, UN Doc. N.º E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979, New York: United Nations, 1979

Venice Commission, 'Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society', 2010, Council of Europe